الدكتور محمد حسين الذهبي

أستاذ علوم القرآن والحديث
كلية الشريعة ــ جامعة الأزهر



الشريعة الإسلامية

دراسة مقارنة بين مذاهب أهل السنة.. والشيعة

الناشر
مكتبة وهبة
١٤ شارع الجمهورية - عابدين
القاهرة - ت - ٣٩١٧٤٧٠



اللهم بك استعنت ، وعليك توكلت وإليك
أنبت ، يامن لا إله إلا أنت ألهمنى التوفيق
والسداد ، وأولنى الهدى والرشاد ، ومدنى
بفضلك يا كريم .

بسم الله الرحمن الرحيم

« تقديم الكتاب فى طبعته الأولى »

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، وخاتم النبيين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

وبعد : فقد ندبت من الأزهر الشريف لتدريس الشريعة فى كلية الحقوق العراقية سنة ١٩٥٥ — ١٩٥٦ م ، فقمت بتدريس الأحوال الشخصية لطلبة الصف الأول ، وألقيت عليهم محاضرات ، فيها شيء من الإسهاب ، ولكنى لم أتمكن من تدوين ما ألقيت عليهم لضيق الوقت ، ولأنى اعتذرت عن العودة إلى العمل فى العراق ، لأسباب قاهرة تخصنى وحدى ، ولا أتمكن معها من العمل فى الحقل الدراسى ، بالشكل الذى أرتضيه لنفسى ، وأشعر معه أنى قد أديت واجبى ، وأرضيت ربى . . ثم كانت ظروف غير الظروف ، وأحداث غير الأحداث ، وتبدل لوجه التاريخ فى الوطن العراقى العربى ، وكان أن دعيت إلى العودة للعمل فى العراق ، لتدريس الشريعة فى كلية الحقوق ، فما كان منى إلا أن أجبت الطلب ، رغبة فى خدمة العراق الشقيق ، فى عهده الجديد ، رغم بقاء الظروف الخاصة التى تعوقنى عن مغادرة الأهل والوطن ، ولكن أمام الواجب يهون كل شيء ، ومن أجل الصالح العربى العام ، جئت إلى العراق ، وأسند إلى دراسة الأحوال الشخصية مرة أخرى بالصف الأول من كلية الحقوق ، كما أسند إلى دراسة أصول الفقه بالصف الرابع منها .

وقد رأيت هذه المرة ألا أفوت على طلابى تدوين هذه المحاضرات ، حتى

تكون لهم مرجعاً يرجعون إليه فى استذكار دروسهم ، بعد ما رأيت منهم الرغبة فى ذلك ، وما كان لى أمام هذه الرغبة إلا أن أجيب طلبهم ، وأحقق أملهم ، فوضعت لهم هذا الكتاب ، مراعياً فيه عدم الإسهاب ، الذى تعودته معهم فى محاضراتى ، كما راعيت فيه أن أتعرض لمذهب الحنفية والجعفرية فى كل مسائله ، لأنهما المذهبان المعمول بهما رسمياً فى العراق ، ومع ذلك فما أخليته من ذكر أقوال أصحاب المذاهب الأخرى ، عندما أرى حاجة إلى ذكر أقوالهم ، وحتى لا نجمد على مذهب واحد بعينه ، فمذاهب المسلمين الفقهية كثيرة والحمد لله ، وفى تتبعها ، والوقوف عليها ، والتخير منها ، خير كثير وتيسير على الناس أى تيسير .

وقد أرجح مذهباً على مذهب فى بعض المسائل ، لما أراه من قوة الدليل ، ولما أعتقد من أنه أكثر تمشياً مع روح العصر ، ومصالح المسلمين .

وقد ألقيت التعصب جانباً . بل أشهد الله أنى ما عرفته صفة لى يوماً ما .

وهل ضل المسلمون إلا يوم أن تعصبوا للهوى ، وجمد كل على رأيه ، فكانوا شيعاً وأحزاباً ، كل حزب بما لديهم فرحون !! . .

وقد قدمت بين يدى البحث مقدمة تشتمل على بيان مختصر عن نشأة الفقه الإسلامى وتطوره ، وعن صلاحيته لكل زمان ومكان ، وعن معنى الأحوال الشخصية ، وعن التعريف ببعض المصطلحات الفقهية التى يرد ذكرها فى هذا الكتاب .

ثم قسمت الكتاب إلى أقسام ثلاثة : القسم الأول : فى عقد الزواج وأحكامه والقسم الثانى : فى فرق الزواج وآثارها — والقسم الثالث : فى النسب وتوابعه — وختمت الكتاب بتوجيه كلمة إلى القراء .

ورجوت الله الكريم : أن يلهمنى الصواب فيه ، ويعم النفع به ، إنه بالإجابة جدير وعلى كل شىء قدير .

بسم الله الرحمن الرحيم

« تقديم الكتاب فى طبعته الثانية »

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد ، فلما كانت الطبعة الأولى لكتاب (الأحوال الشخصية) قد نفدت ، ولم يكن منها فى مصر إلا بعض نسخ معدودة أهديتها لبعض الأصدقاء ، ولم يتيسر لغير من أهديت لهم الحصول على نسخة منه ، نظراً لأن طبعه وتوزيعه كان مقصوراً على العراق الشقيق ، رأيت أن أعيد طبعه مرة ثانية ، حتى يكون فى متناول من فاتته الطبعة الأولى ممن يعنون بدراسة الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية .

وثمة أمر آخر دفعنى إلى إعادة طبع هذا الكتاب ، وهو : أنه يعتبر فى بابه نموذجاً فريداً بين كل ما كتب ونشر فى مصر من مؤلفات فى الأحوال الشخصية على جلالة هذه المؤلفات وجلالة مؤلفيها وتقديرى لهم كل التقدير ، فهم حينما كتبوا راعوا أنهم يكتبون لدارسين فى الكليات المصرية وليس فى مصر سوى مذهب أهل السنة ، ومن هنا كان اقتصارهم على بيان مذاهب أهل السنة ، ولم يتعرضوا لمذهب الجعفرية اللهم إلا فى القليل النادر الذى لا يساق — غالباً — إلا للرد عليه .

أما أنا فقد كنت أدرس الأحوال الشخصية لطلاب كلية الحقوق العراقية ، وفى العراق ينتشر مذهب الجعفرية كما ينتشر مذهب السنية ، ولكل منهما

محاكم خاصة يقضى فيها على وفق تشريعاته ، ومن هنا جاء كتابى متميزاً عن كل ما كتب فى مصر فى الأحوال الشخصية بأنه تناول مذاهب أهل السنة ومذهب الجعفرية على سواء ، مع سوق أدلة كل مذهب وترجيح ما هو أثبت حجة وأقوى دليلا . .

وكتاب هذا شأنه من الخير أن يعاد طبعه ليعم نفعه ، والله أسأل أن يوفقنا للخير والسداد ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ؟

محمد حسين الذهبى

حدائق حلوان فى يوم الخميس الموافق { ٣ رجب سنة ١٣٨٨ هـ
٢٦ سبتمبر سنة ١٩٦٨ م

المقـــدمة

(١) نشأة الفقه الإسلامى وتطوره (٢) التشريع الإسلامى صالح لـكل زمان ومكان (٣) معنى الأحوال الشخصية (٤) بيان لبعض المصطلحـات الفقهيـة .

١ — نشأة الفقه الإسلامى وتطوره :

الشريعة الإسلامية هى الشريعة التى ختم الله بها شرائع السماء ، وجعلها خالدة وكتب لها البقاء ، إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، لذا كانت سليمة الأساس ، قوية البناء ، محكمة النظام ، وافية بحاجة الأفراد والجماعات .

جاء القرآن وجاء فيه الهدى والنور ، وجاءت السنة وكان فيها طب الإنسانية وشفاء ما فى الصدور . وكان فى القرآن عام ، ومطلق ، ومجمل . . فجاءت السنة تخصص العام ، وتقيد المطلق ، وتوضح المجمل ، وتـكشف عن أحكام طواها القرآن ، وعهد الله لرسوله عليه الصلاة والسلام أن يبينها للناس .

« وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفـكرون » .
« إنا أنزلنا إليك الـكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله » . .

التشريع فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم : كان التشريع الإسلامى على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم بعيداً عن الخلاف كل البعد ، ضرورة أن سلطة التشريع كانت للنبي وحده ، دون أن يكون لغيره دخل فى ذلك ،

وكان مرجع الرسول صلى الله عليه وسلم فى التشريع الوحى بقسميه ، المتلو : وهو القرآن ، وغير المتلو : وهو السنة (١) .

وفى عصر الرسول لم يثبت الفقه جملة واحدة بل كانت مسائله متتابعة متجددة ، تبعاً لتجدد الحوادث والنوازل ، وكان القرآن ينزل منجماً على حسب هذه الحوادث ، وكذلك كانت فتاوى الرسول صلى الله عليه وسلم .

التشريع فى عصر الصحابة : وفى عصر الصحابة انقطع الوحى بقسميه ، بموت الرسول صلى الله عليه وسلم ، ولكن بعد أن تمت قواعد الدين الكلية ، واستقرت مبادىء عامة يرجع إليها المجتهدون فى اجتهادهم ، ويسيرون على ضوئها فى فتاواهم « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً » .

انتقلت سلطة التشريع والقضاء إلى خلفاء الرسول من الصحابة ، فكانت مهمة شاقة ، لأنه قد جد من الحوادث والأقضية ما يحتاج إلى بيان حكمه ، وتوضيح الرأى فيه ، وكانت طريقتهم فى البحث عن الأحكام ، أن يعمدوا أولا إلى كتاب الله ، فإن لم يجدوا فيه الحكم عمدوا إلى السنة ، فإن لم يجدوا فيها ، اجتهدوا فى تطبيق القواعد الكلية للكتاب والسنة عل هذه الوقائع والحوادث ، ثم خرجوا على الناس بحكم فيها .

لم يكن ذلك بدعاً فى الدين ، بل هو أمر قرره الرسول صلى الله عليه وسلم

(١) كل ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم من تشريع ولم يكن فى كتاب الله فهو وحى عن الله ، لأن الله يقول فى شأن نبيه (وما ينطق عن الهوى ، إن هو إلا وحى يوحى) ويقول (من يطع الرسول فقد أطاع الله) .

ورضيه لهم ، حيث يقول لمعاذ بن جبل لما وجهه إلى اليمن : كيف تقضى إذا عرض لك قضاء ؟ قال: أقضى بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد فى كتاب الله ؟ قال . فبسنة رسول الله ، قال : فإن لم تجد فى سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد رأيي ولا آلو ، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صدره وقال :الحمدلله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله.

ولقد سار الصحابة على هذا النهج الذى رسمه الرسول لهم . فهذا أبو بكر رضى الله عنه ، كان إذا ورد عليه الخصوم ، نظر فى كتاب الله ، فإن وجد فيه ما يقضى بينهم قضى به ، وإن لم يكن فى الكتاب وعلم من رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك سنة قضى بها ، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين : أتانى كذا وكذا ، فهل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى ذلك بقضاء ؟ فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكرون فيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضاء ، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم ، فإن أجمع رأيهم على شىء قضى به .

وهذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، يقول لشريح حينما ولاه قضاء الكوفة (انظر ما يتبين لك فى كتاب الله فلا تسأل عنه أحداً . ومالم يتبين لك فى كتاب الله فاتبع فيه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وما لم يتبين لك فى السنة فاجتهد فيه رأيك ، واستشر أهل العلم والصلاح) .

وهكذا كان مسلك أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى استنباط الأحكام الفقهية ، رجوع إلى كتاب الله ، ثم إلى سنة رسول الله ، ثم إلى إجماع أهل الحل والعقد ، ثم إلى القياس . والإجماع والقياس فى حقيقتهما يرجعان إلى الكتاب والسنة ، لأن الإجماع لابد له من مستند من الكتاب أو السنة ، والقياس لا يثبت حكماً ، وإنما يكشف عن حكم الشارع فى المقيس .

والتشريع فى عهد الصحابة يمتاز بأنه كان مقصوراً على ما ينزل بهم من حوادث ووقائع ، فلم يكن هناك مسائل فرضية ، ووقائع خيالية ، يحكمون عليها ويفتون فيها كما فعل المتأخرون . وكذلك يمتاز التشريع فى عهد الصحابة بأنه كان بعيداً عن الجدل والخلاف اللهم إلا فى حدود ضيقة ، وكان من السهل أن يرجع الصحابى عن رأيه إلى رأى غيره ، ما دام يرى أن الحق فى جانبه ، وكان بعضهم يحيل فى الفتيا على بعض . وهذا هو تسامح الإسلام ، وصفاء المسلمين .

التشريع فى عهد بنى أمية : ثم جاء دور الأمويين ، واتسعت رقعة الخلافة ، وتفرق المسلمون فى البلاد ، وكانت فتن كقطع الليل ، فصار الناس فى الدين شيعاً ، وأحدثوا فيه بدعاً وبدعا ، وتأثر الفقه الإسلامى بهذا الخلاف ، وتعددت فيه المذاهب ، وكثر النزاع ، واشتد الجدل بين الفقهاء ، ولكن لم يخل الحال من فقهاء منصفين معتدلين ، وإن كانوا هم أيضاً مختلفين فى مشاربهم الفقهية ، ففريق يتجه ناحية النصوص الشرعية ، وهؤلاء يعرفون بأهل الحديث ، وفريق يتجه ناحية القياس وإن كان لا يهمل النص ، وهؤلاء يعرفون بأهل الرأى . وفى هذا العصر اتسعت مباحث الفقه وكثرت مسائله ، ضرورة كثرة الوقائع ، وتعدد النوازل .

التشريع فى عهد العباسيين : ثم جاءت الدولة العباسية ، وكانت امتداداً للخلافات المذهبية وبشكل أوسع ، لدخول كثير من الفرس فى الإسلام ، واندساس أصحاب الأهواء الفاسدة بين المسلمين ، ولكن مع ذلك كان تدوين العلوم من أبرز مميزات هذا العصر .

وكان الفقه ضمن ما دون من علوم ، وكان لتدوينه مظهر من القوة والاستيعاب والضبط ، والترتيب لأبوابه ، والتدعيم لقواعده ، فكان من

وراء ذلك ثروة فقهية هائلة ، كل ما جاء بعدها عالة عليها ، ومستمد منها ، وكانت بغداد أكبر موطن للنشاط الفقه الإسلامى فى هذا العصر .

ثم سقطت بغداد سنة ٦٥٦ هـ ، وتلاحقت الفتن ، وكثرت المحن ، وتقطت أوصال الأمة الإسلامية ، فأثر كل ذلك فى نشاط الحركة الفقهية ؛ فقل عند العلماء التجديد ، وتمكن منهم التقليد ، وصار لفظ الإمام ينزل عند مقلديه — كما يقول القاضى عياض — منزلة ألفاظ الشارع ، وبعد أن كان المرجع الأول للفقهاء كتاب الله وسنة رسوله ، صار المرجع هو كتب الأئمة المجتهدين ، تقرأ ، وتدرس ، فمن وعاها ، وحفظ ما فيها ، كان هو الفقيه بين الناس ، ومن ألف حينئذ فى الفقه لم يعد عمله أن يكون شرحاً لمختصر ، أو اختصاراً لمطول ، أو تدليلا لفروع مذهبه على أساس من التعصب الأعمى والهوى المرذول ، حتى وجد من هؤلاء من يقول « كل آية أو حديث يخالف ما عليه أصحابنا فهو مؤول أو منسوخ » .

بهذا التعصب المذهبى أقام هؤلاء الغلاة المقلدون سدوداً بين الناس وبين الكتاب والسنة ، وأصبحت الشريعة فى نظرهم هى ما عرفوا وحفظوا عن أئمتهم وادعوا زورا وبهتاناً أن باب الاجتهاد قد أغلق ، ومعاذ الله أن يغلق باب الاجتهاد ، وإنما الذى أغلق هو عقولهم وقلوبهم ! ! . .

امتدت هذه الحركة الفقهية التقليدية إلى القرن العاشر الهجرى ، ومع ذلك لم تخل من فقهاء كان لهم شأن فى استنباط المسائل ، وتخريجها على أصول مستقيمة من الكتاب والسنة ، ولكنهم لم يوجهوا همتهم إلى الاجتهاد ، وإنما وجهوها إلى التأليف فقط ، ومن هؤلاء خليل بن اسحق الكردى المصرى المالكى المتوفى سنة ٧٧٦ هـ وتقى الدين السبكى الشافعى المتوفى سنة ٦٨٣ هـ والكمال بن الهمام الحنفى المتوفى سنة ٧٨٨ هـ وابن تيمية الحنبلى المتوفى

سنة ٧٢٨ هـ وتلميذه ابن القيم المتوفى سنة ٧٥١ هـ وهما من أكثر الفقهاء تحرراً من التقليد .

ومن القرن العاشر الهجرى إلى الآن ساءت حال الفقه الإسلامى ، لأن العلماء تمكنت منهم العصبية المذهبية ، وبالغوا فى التقليد ، وانصرفوا إلى دراسة الكتب المعقدة وحل رموزها ، وقعدوا عن البحث والتأليف الحر المستقل ، وما وجد من ذلك فشىء قليل لا يفى بالغرض ، ولا يتناسب مع ما جد للناس من أقضية .

ولوجه الحق نقول : أنه قد وجدت أخيراً محاولات متكررة ، فى مناسبات مختلفة ، ترمى إلى نبذ التعصب لمذهب بعينه ، وإطراح التقليد لإمام بذاته ، وتهدف إلى انتقاء الأيسر على الأمة ، والأكثر تمشياً مع المصلحة العامة ، من مجموعة الفقه الإسلامى العام ، بصرف النظر عن قائله ما دام لا يصادم أصلا شرعياً من الأصول المقررة . ولكن لا زلنا فى أول الطريق ، والأمر فى حاجه إلى خطوات حازمة حاسمة . تجدد نشاط الفقه الإسلامى ، وتوجه إليه أنظار المغرضين ، وتلوى نحوه أعناق الكاشحين . وما ذلك على الله بعزيز .

٢ — التشريع الإسلامى صالح لكل زمان ومكان : —

عرفنا أن القرآن والسنة هما مصدر التشريع الإسلامى ، وما وراء ذلك من مصادر راجع إليهما ، ومعتمد عليهما .

والقرآن كما يقول الرسول صلى الله عليه وسلم « . هو الفصل ليس بالهزل ، من تركه من جبار قصمه الله ، ومن ابتغى الهدى فى غيره أضله الله » وهو طريق السعادة فى الدنيا والآخرة كما يقرر ذلك النبي عليه الصلاة والسلام

بقوله (إن هذا القرآن طرفه بيد الله وطرفه بأيديكم فتمسكوا به فإنكم لن تهلكوا ولن تضلوا بعده أبدا) . وفى السنة ما فى القرآن من هداية ، وفيهما معاً سعادة الإنسان وخيره ، لما فيهما من تعاليم قيمة لا نقص فيها ولا التواء ، ولا لبس فيها ولا خفاء ، كما قال عليه السلام « لقد تركتكم على المحجة البيضاء ، ليلها كنهارها . لا يزيغ عنها إلا هالك . »

والحق أن هدى الله هو الهدى . وأن شريعة الله فوق شرائع الناس وأن ما اصطلح عليه الناس من قوانين وتعاليم ، ولا يمكن أن يكون فيها سعادة الفرد والجماعة ، لأنها ثمرة عقل البشر ، والبشر يخطىء ويصيب ، ويتأثر بالهوى والغرض ، ويندفع وراء الشهرة والشهوة ، ويتأثر بالوسط والبيئة ، ويخضع لسلطان العاطفة وحكم العادة ، ويدور فى فلك محدود ، لا ينفذ عقله إلى ما وراء محيطه ، ولا تسمو مداركه إلى ما وراء حدوده وقيوده ، ومع هذا فبعض من استهواهم الشيطان يريدون التحلل من كل قديم ولو جمع الخير كله ، ويتعلقون بكل جديد ولو جمع الشر من أطرافه ، ! !

يعيبون الشريعة الإسلامية ، ويرمونها بالجمود والخمود ، ويدعون زوراً وبهتاناً أنها لا تصلح لهذا الزمان ، ولا يمكن أن تساير روح العصر ، وعجيب أن ينسب هؤلاء إلى الإسلام ويحسبوا عليه ، وأعجب منه أن يتنكروا لشريعتهم بعد أن اعترف بها ، وسلم بسعة أفقها أعداء الإسلام ؛ فقد وجه مؤتمر القانون المقارن المعقود فى لاهاى سنة ١٩٣٧م دعوة إلى الأزهر ليشارك فى هذا المؤتمر فأجاب الدعوة ووجه وفداً من علمائه . تقدم ببحثين هامين .

أحدهما : فى بيان المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية فى نظر الإسلام .

وثانيهما : فى علاقة القانون الرومانى بالشريعة الإسلامية ، ونفى ما يزعمه بعض المستشرقين من تأثر الفقه الإسلامى بهذا القانون .

وقد أثار وفد الأزهر إعجاب الأعضاء، وكانت النتيجة أن قرر المؤتمرون ما يأتي : —

أولا — اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام .

ثانياً — اعتبار الشريعة الإسلامية شريعة حية صالحة للتطور .

ثالثاً — اعتبارها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها .

وبعد فمخطىء كل الخطأ من لا يؤمن بمسايرة الشريعة الإسلامية لكل عصر، وصلاحيتها لكل جيل وقبيل، ومنكر لعقله، من ينكر أن الإسلام بتعاليمه ومراسيمه قد بلغ مرتبة الكمال التشريعي، حتى شهد له بذلك أعداؤه، ورجعوا إلى كثير من آرائه، وطبقوها على أنفسهم .

إن الشريعة الإسلامية تتسع لكل ما يجد للناس من أقضية، وتقوم بتنظيم شئونهم، والوفاء بحاجاتهم، مهما تباعدت ديارهم، وتباينت أجناسهم واختلفت عاداتهم وطباعهم، ولا يجحد ذلك إلا من سفه نفسه .

حقاً أن ما يجد للناس من أمور، لا يقف عند حد، ولا يدخل تحت حصر، وقصير النظر من يتطلب لهذه الأمور المتجددة يوماً بعد يوم، نصاً صريحاً من القرآن أو السنة يمكن تطبيقه عليها ؛ فالشريعة الإسلامية - سواء منها ما يرجع إلى الكتاب، أو إلى السنة - لم تجر أحكامها على طريقة واحدة من التفصيل والبيان، بل عالجت بعض المسائل على استقلال، وأدمجت كثيراً من المسائل تحت قواعد كلية، وتركت للمستنبطين من أولى العلم، تطبيق هذه القواعد الكلية على المسائل الجزئية، ما جد منها وما يجد، وعلى هذا نفهم قول الله تعالى « ما فرطنا فى الكتاب من شىء » .

والناظر فى أصول الفقه الإسلامى، لابد أن يسلم — منصفاً — برحابة

أفق الشريعة الإسلامية ، ومقدار صلاحيتها لتنظيم حياة الناس ، وتكفلها بمعالجة شئونهم ، فالاجتهاد وهو أصل من أصول الشريعة الإسلامية ، دعت إليه وحثت عليه ، ومراعاة العرف وتغير الفتوى بتغيره ، ومراعاة المصالح المرسلة ، والاستحسان ، وسد الذرائع ، وغير ذلك من الأصول المقررة ، أكبر شاهد على ما نقول .

ولكن بعض المتزمتين ، أساءوا إلى سمعة الفقه الإسلامي ، فأوجبوا تقليد الأئمة الأربعة ، دون سواهم ، بل جرت بعض البلاد الإسلامية على التزام مذهب إمام معين ، لا تحيد عنه قيد شعرة ، فحجروا بذلك على الناس واسعاً ، وهم بهذا يحكمون على الفقه الإسلامي ، بأنه عاجز عن سد حاجات الناس ! ! .

ولو أن هؤلاء الواقفين عند مذهب واحد ، أو عند مذاهب الأئمة الأربعة دون غيرها ، أدركوا قيمة ما صح عن الإمام أحمد رضى الله عنه من أنه قال :

« من قلة فهم الرجل أن يقلد فى دينه الرجل » ، وما ثبت عن مالك رضى الله عنه من أنه لم يقبل أن يحمل أبو جعفر المنصور (١) الناس على موطئه .

وماثبت عنه من قوله «ما من أحد إلا ويؤخذ من قوله ويترك إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

لو أدركوا هذا ما ذهبوا إلى ما ذهبوا إليه ، ولتركوا للناس أن يأخذوا

---

(١) وقيل هارون الرشيد .

من الفقه الإسلامى ، ما يتمشى مع روح العصر الذى يعيشون فيه ، أيا كان قائله ، ما دام لا يصادم أصلا صحيحاً من الأصول الثابتة المقررة .

وفقهاء الإسلام — والحمد لله — كثير ، والاجتهاد باق إلى يوم القيامة ، لم يغلق بابه دون أحد ، كما يظن بعض الناس ، بل بابه مفتوح لكل من له إلمام تام بوسائل الاجتهاد الصحيحة السليمة .

ولو أن الله هيأ للشريعة الإسلامية مجمعاً علمياً ، يضم المشتغلين بالفقه الإسلامى . من جميع أقطار المسلمين ، يؤازرهم فى ذلك أقطاب القوانين الوضعية ، وعلماء الإجتماع ، ورجال الاقتصاد ، لوصلوا إلى خير كثير ، ولاستطاعوا أن يحببوا الناس فى الشريعة الإسلامية ، ويحملوا المعرضين عنها والزاهدين فيها ، على احترامها ، والأخذ بها .

تلك أمنية من أعذب الأمانى ، نرجو تحقيقها ، وعسى أن يكون قريبا (١) .

٣ — معنى الأحوال الشخصية :

أحكام الشريعة الإسلامية نوعان :

الأول — أحكام اعتقادية ، وهى ما يتعلق بعقيدة الإنسان ، من الإيمان بالله ، وملائكته وكتبه ، ورسله ، واليوم الآخر وما فيه .. الخ .

الثانى — أحكام عملية : وهى قسمان . عبادات ومعاملات ، فالعبادات ، تشمل كل عمل يقوم به المرء نحو ربه ، من صلاة ، وصيام ، وزكاة ، وحج وغير ذلك .

---

(١) أطلنا الكلام هنا لكثرة ما دار بينى وبين بعض الطلبة فى هذا الموضوع ، ورأيت من الخير أن أبرزه بصورة واضحة حتى يطمئن المتشككون

والمعاملات . تشمل كل عمل يقوم به الإنسان نحو بنى جنسه ، كالبيع والإجارة ، والرهن ، والزواج ، والطلاق ، ويلحق بذلك القتل والقصاص .

وقد جد اصطلاح قانونى . لا يعرفه الفقهاء من قبل ، ولم يذكر فى كتبهم وهو لفظ « الأحوال الشخصية » الذى يطلقه رجال القانون على ما يتعلق بشخص الإنسان كالزواج ، والطلاق ، والنسب ، والميراث ، والنفقة ، وما إلى ذلك ويجعلون فى مقابلة هذا القسم . قسما ثانياً . وهو قسم المعاملات المدنية وقسماً ثالثاً . وهو قسم الجنايات .

٤ — بيان بعض المصطلحات الفقهية :

رأيت أن أضع بين يدى القارىء بياناً لمعانى بعض المصطلحات الفقهية التى كثيراً ما يرد ذكرها فى هذا الكتاب . لما لمسته من حاجة الطلاب لمعرفة معانيها ، لأنهم حديثوا عهد بدراسة الشريعة : وإليك البيان .

الفرض — هو ما طلب الشارع فعله على سبيل الحتم والإلزام ، وكان ثبوته بدليل قطعى لاشبهة فيه . وحكمه ، الثواب على فعله ، والعقوبة على تركه بغير عذر . وكفر جاحده . وذلك كالصلاة ، والزكاة . .

الواجب — هو ما طلب الشارع فعله على سبيل الحتم والإلزام ، وكان ثبوته بدليل ظنى فيه شبهة . وحكمه . مثوبة فاعله ، وعقوبة تاركه بلا عذر ، ولا يكفر جاحده ، بل يحكم بفسقه . وذلك كقراءة الفاتحة فى الصلاة (١)

المندوب — هو ما طلب الشارع فعله من غير إلزام . وحكمه أن فاعله

(١) التفرقة بين الفرض والواجب مذهب الحنفية أما غيرهم فالكل يطلق عليه اسم الواجب .

يستحق الثواب ، وتاركه لا يستحق العقاب ، وقد يستحق اللوم والعتاب ، وذلك كصلاة ركعتين قبل الصبح .

الحرام — هو ما طلب الشارع تركه على سبيل الحتم والإلزام ، وكان ثبوته بدليل قطعى لاشبهة فيه . وحكمه عقوبة فاعله — وذلك كالزنا وأكل مال اليتيم .

المكروه تحريماً — هو ما طلب الشارع تركه على سبيل الحتم والإلزام وكان ثبوته بالدليل الظنى — وحكمه عقوبة فاعله ولكن دون عقوبة الحرام — وذلك كالخطبة على خطبة الغير .

المكروه تنزيهاً — هو ما طلب الشارع تركه لا على سبيل الحتم والإلزام وحكمه أن فعله لاثواب ولا عقاب عليه ، ولكنه خلاف الأولى كأكل لحوم الخيل (١) .

المباح — هو ماخير الشارع فيه المكلف بين الفعل والترك . وحكمه أنه لا ثواب على فعله ، ولا عقاب على تركه ، وذلك كالأكل ، والتنزه .

الركن — هو ما كان داخلا فى ماهية الشىء وحقيقته ، بحيث يوجد بوجوده ، وينعدم بانعدامه . كالإيجاب والقبول فى عقد الزواج .

الشرط — هو ما كان خارجا عن ماهية الشىء وحقيقته ، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط . ولكن يلزم من عدمه عدمه . كالوضوء بالنسبة للصلاة .

---

(١) هذا التقسيم للحرام والمكروه على مذهب الحنفية . أما غيرهم فيطلقون الحرام على مايشمل الحرام والمكروه تحريماً عند الحنفية . ويوافقونهم فى المكروه تنزيها ولكنهم لا يقيدونه بوصف التنزيه .

السبب — هو كل أمر جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم ، وانتفاءه علامة على انتفائه وليس بينه وبين شرعية الحكم مناسبة . كزوال الشمس بالنسبة لصلاة الظهر .

العلة — هى كل أمر جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم ، وانتفاءه علامة على انتفائه ، بشرط أن يكون بينه وبين شرعية الحكم مناسبة كالسفر بالنسبة لجواز الفطر فى رمضان — وبعضهم يطلق على هذا النوع اسم السبب أيضاً .

الصحيح — هو المشروع بأصله ووصفه . وذلك كالبيع المستوفى أركانه وشروطه :

الباطل — هو ما لم يشرع بأصله ولا وصفه ، كزواج الأم أو الأخت .

الفاسد — هو ما شرع بأصله دون وصفه وذلك كالزواج المنعقد بدون شهود (١) .

الموقوف — هو ما شرع بأصله ووصفه ، ولكن لا تترتب عليه آثاره بالفعل لمانع خارجى . كزواج المرأة بأقل من مهر مثلها دون رضى الولى.

(١) يأتى فيما بعد شرح مفصل فى بيان الباطل والفاسد وهل هما شىء واحد أو مختلفان .

القسم الأول

في

عقد الزواج وأحكامه

الباب الأول
فى مقدمة الزواج ومقدمات العقد

الفصل الأول
فى مقدمة الزواج

(١) معنى الزواج (٢) نظام الزواج قبل الإسلام وفى الإسلام (٣) حكمة مشروعيته (٤) عناية الشارع به وترغيب الناس فيه (٥) صفته الشرعية . .

١ — معنى الزواج :

معنى الزواج لغة : اقتران الشىء بالشىء وارتباطه به . ومنه قوله تعالى : « احشروا الذين ظلموا وأزواجهم » أى وقرناءهم . وقوله « وإذا النفوس زوجت » أى قرن كل قرين بقرينه .

ومعناه شرعاً : عرف الزواج بأنه عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع . كما عرف بأنه عقد يرد على ملك المتعة قصداً .

وكلا التعريفين لا يسلم من اعتراض ، لأن التعبير بالحل بالنسبة لكل من الزوجين فى التعريف الأول ، لا يفيد أن حق الاستمتاع بالمرأة ، ملك خاص بالزوج لا يشاركه فيه غيره ، والتعبير بالملك فى التعريف الثانى يوهم أن استمتاع المرأة بزوجها ملك خاص لها فلا يحل له التزوج بأخرى تشاركها فى هذا الحق . لذا كان خير تعريف للزواج هو : أنه عقد يفيد — أصالة — ملك استمتاع الرجل بالمرأة وحل استمتاع المرأة بالرجل ، فقيد الأصالة فى

التعريف يخرج ملك استمتاع السيد بأمته لأنه تابع للملك ، والتعبير فى جانب الرجل بالملك ، وفى جانب المرأة بالحل يفيد أن أثر العقد بالنسبة للرجل يغاير أثر العقد بالنسبة للمرأة.

فالرجل يملك بالعقد حق الاستمتاع بالمرأة دون غيره . وهذا معناه عدم جواز تعدد الأزواج لامرأة واحدة ، والمرأة يحل لها الاستمتاع بزوجها لا على صفة الملكية لهذا الحق واختصاصها به ، بل للرجل أن يشرك معها فى هذا الحق زوجة ثانية وثالثة ورابعة . ومعنى ذلك جواز تعدد الزوجات للرجل الواحد .

٢ — نظام الزواج قبل الإسلام:

غريزة الإنسان الجنسية . وما ركز فى طبيعته من حبه للبقاء — بقاء النوع بالتناسل — أكبر عامل من عوامل الاتصال بين الرجل والمرأة ، وأول اتصال عرف بين الرجل والمرأة اتصال آدم أبى البشر بحواء أمهم . وكان هذا الاتصال بطبيعة الحال زواجاً مشروعاً ، شرعه الله فكان ، وكان من ورائه عمارة الكون ، بما بث فى الأرض من نسلهما وفرق فيها من ذريتهما « يا أيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيراً ونساء . . . »

ولم نعرف من نظم الزواج بين أولاد آدم الأولين أكثر مما رواه ابن جرير عن ابن مسعود وناس من الصحابة رضى الله عنهم « أنه كان لا يولد لآدم عليه السلام مولود إلا ولد معه جارية فكان يزوج غلام هذا البطن جارية البطن الآخر . ويزوج جارية هذا البطن غلام هذا البطن الآخر — جعل افتراق البطون بمنزلة افتراق النسب للضرورة إذ ذاك »(١) .

---

(١) تفسير الآلوسى حـ ٦ ص ٩٩ .

ثم تتابعت الأجيال ، وتواردت الرسل ، وتنوعت الشرائع ، وكان للزواج فى كل شريعة نظام متبع . وقوانين مرعية ، ولسنا بقادرين على إبراز صورة واضحة صادقة لنظام الزواج فى كل شريعة ، لأن طريق معرفة ذلك هو النقل الصحيح ، ولم يصلنا من ذلك شيء يوثق به ، ويركن إليه . وكل ما وصلنا هو نظام الزواج فى الشريعة الموسوية ، وأبرز ما فيها إباحة تعدد الزوجات على صورة أوسع من نظام تعدد الزوجات فى الإسلام ، ووصلنا كذلك نظام الزواج فى الشريعة العيسوية ، وأبرز مظاهره قصر الزواج على واحدة ، وحصر الطلاق فى دائرة محدودة ضيقة .

ويذكر بعض العلماء ، أن أول أمة عرفها التاريخ ، كان الزواج فيها قاصراً على امرأة واحدة قدماء المصريين فى عهد الفراعنة ، ويقال أن هذه العادة — عادة تحريم التعدد — لم تعرف فى أوربا إلا بعد دخول الإسكندر المقدونى بلاد مصر ، واطلاع الأوربيين الذين وفدوا إليها بعد ذلك على حال قدماء المصريين فى المعيشة الزوجية ، فنقلوا إلى بلادهم من الأحكام والأنظمة التى لا نظير لها عندهم ما نقلوا ، وغيروا وبدلوا فى أنظمة الأسرة ، وأحكام القوانين ببلادهم ، بما رأوه أفضل وأحسن فى مصر — ولسنا نعلم مبلغ هذا القول من الصحة وإن كان العقل لا يستبعده(١) .

هذا . ولا شك أن العالم كان قبيل مجيء الإسلام على حال من الفوضى فى نظام الزوجية وعلى الأخص فى جزيرة العرب مهد الرسالة ومهبط الوحى — كان من أهلها من لا يزال على الإباحة المطلقة ، وكان منهم من لا يرى بأساً فى أن يشاركه غيره فى امرأة واحدة ، وكان منهم من يجمع من النساء أى

---

(١) أنظر المختارات الفتحية ص ١٣ .

عدد شاء . وعلى الجهلة ، فقد كان هناك ألوان من الأنكحة ، لم تقرها الشريعة الإسلامية بل أبطلتها ، وحرمت الأخذ بها .

كانت المرأة تورث كما يورث المتاع . يرثها أولياء زوجها بعد موته عنها فإن شاءوا زوجوها واحداً منهم . وإن شاءوا لم يزوجوها فنهاهم الله عن ذلك بقوله « يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرهاً ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعضهن ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة . . . الآية » روى البخارى وأبو داود عند تفسير هذه الآية أنهم « كانوا إذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بامرأته إن شاء بعضهم تزوجها ، وإن شاءوا زوجوها ، وإن شاءوا لم يزوجوها ، فهم أحق بها من أهلها »[1] . وكان الولد يتزوج زوجة أبيه بعد موته فجاء النهى صريحاً فى قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف . . الآية » .

ومن الأنكحة التى كانوا عليها ، الجمع بين الأختين . وقد ورد النهى عن ذلك فى قوله تعالى عطفاً على المحرمات من النساء « . . وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف » .

وكانوا يقرون نكاح الشغار ولا يرون به بأساً ، وصورته ، أن يزوج الرجل موليته رجلا آخر ، على أن يزوجه الآخر موليته ، وتكون كل منهما مهراً للأخرى ، وقد نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن هذا النكاح وحرمه .

ويروى عن عائشة رضى الله عنها أن النكاح كان فى الجاهلية على أربعة أنحاء ، فنكاح منها نكاح الناس اليوم ، يخطب الرجل إلى الرجل ابنته

---

(١) تفسير الآلوسى جـ ٤ ص ٢١٦ .

أو موليته فيصدقها ثم ينكحها، ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها — أى حيضها — أرسلى إلى فلان فاستبضعى منه ويعتزلها زوجها ولا يمسها حتى يتبين حملها من ذلك الرجل ، ونكاح آخر يجتمع الرهط ما دون العشرة ، فيدخلون على المرأة كلهم يصيبونها فإذا حملت ، ووضعت ومرت ليال بعد أن تضع ، أرسلت إليهم ، فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها ، فتقول لهم ، قد عرفتم الذى كان من أمركم ، وقد ولدت فهو ابنك يا فلان ، تلحقه بمن أحبت فلا يستطيع أن يمتنع ، ونكاح آخر رابع يجتمع كثير من الناس فيدخلون على المرأة فلا تمتنع عن جاءها وهن البغايا ، كن ينصبن على أبوابهن الرايات ، فمن أرادهن دخل عليهن ، فإذا حملت إحداهن ووضعت ، جمعوا لها ، ودعوا لها القافة(١) ، فألحقوا ولدها بالذى يرون ، فالتاط (٢) به ، ودعى ابنه لا يمتنع منه ، فلما بعث محمد صلى الله عليه وسلم هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم(٣) .

هذه ألوان من أنكحة الجاهلية كلها فساد ظاهر ، وهناك ألوان أخرى من الزواج ، أقرهم الإسلام عليها ، لأنه لم ير فيها ما يجافى الذوق السليم ، أو يتنافى مع الطبع المستقيم .

٣ — نظام الزواج فى الإسلام :

جاء الإسلام ، والزواج على حال من الفوضى التى عرفتها فيما تقدم ، فما كان منه — وهو الدين الذى ختم الله به الأديان ، وجعله صالحاً لكل عصر وزمان — إلا أن أبطل ما كان للجاهلية من أنكحة مرذولة ممقوتة ،

---

(١) القافة هو من يعرف التشابه بين الأفراد فيلحق الولد بأشبه الناس به .

(٢) أى التصق به والتحق بنسبه .

(٣) أنظر المختارات الفتحية ص ١٨ ، ١٩ .

وأقر منها ما يتمشى مع الذوق العام والطبائع السليمة ، ونظم حياة الأسرة بما يضمن لها السعادة ، ويوفر لها الحياة المستقرة الهادئة .

أباح النظر إلى المرأة والتعرف عليها قبل خطبتها . وأباح تعدد الزوجات إلى أربع عندما تدعو الضرورة إلى هذا التعدد ، ومنع التعدد وحذر منه عندما لا تكون حاجة ، إلا إرضاء شهوة النفس ، دون توخ للعدل بين الزوجات « . . فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا . . » وبينت الشريعة المحرمات من النساء ، بسبب القرابة ، أو المصاهرة ، أو الرضاع ، وقصرت الزوجة على زوجها ، وجعلت للمرأة رأياً فى اختياره ، وأعطتها الولاية على نفسها . وقررت المهر تكريماً لها . وإعلاء لقدرها . وإعلاناً عن مكانتها وشرفها ، وبينت ما لكل من الزوجين من حقوق وماعليه من واجبات قبل الآخر . وأخيراً وضعت نظام الفرقة بين الزوجين حين يتعذر الوفاق ويتحتم الانفصال ، وهكذا نجد نظام الزواج فى الإسلام فى غاية من الدقة والحكمة . الدقة والحكمة فى إنشائه . والدقة والحكمة فى بقائه . والدقة والحكمة فى إنهائه . فتبارك الله رب العالمين .

٤ - حكمة مشروعية الزواج :

نريد بالحكمة ، ما يهدف إليه الشارع من تحقيق مصالح العباد ، بجلب الخير لهم ، ودفع الضرر عنهم ، والزواج من أحكام الله التى لاتخلو من حكمة ، بل فيه من الحكم ما يشهد به العقل ، ويقرره الواقع الملموس ، . . ومنكر حكمة الزواج منكر لعقله وحسه ، طبع على قلبه فلم يعقل ما تقرره بداهة العقول ، وختم على سمعه وبصره ، فلم يسمع ولم يبصر ما يدور حوله من

استقرار فى حياة الزوجية المشروعة ، واضطراب فى حياة العزوبة ، والاختلاط غير المشروع .

شرع الله الزواج — وهو الحكيم العليم — لمصالح مختلفة ، شرعه لمصلحة الفرد ، وشرعه لمصلحة الأسرة ، وشرعه لمصلحة الأمة . وشرعه بعد ذلك لمصلحة النوع الإنسانى كله .

أما مصلحة الفرد :

فذلك أن كلا من الرجل والمرأة فيه من الغريزة الجنسية ، ما يدفعه إلى الاتصال بالآخر ، ولو أباح الله للرجل والمرأة أن يجتمعا لمجرد إشباع الرغبة وقضاء الشهوة ، دون حدود وقيود ، لكان من وراء ذلك الفوضى الشاملة ، والمفاسد المهلكة المدمرة ، التى تترتب على الاختلاط بين الرجال والنساء ، على طريق الاشتراك والشيوع .

أما ارتباط الرجل بالمرأة على الوجه المشروع ، ففيه سعادة الرجل وسعادة المرأة على سواء ، فيه تحصين النفس بقضاء وطرها من الطريق الذى أحله الله لها ، وفى هذا حفظ للأخلاق والأعراض ، وفيه اختصاص الرجل بالمرأة التى اختارها شريكة حياته . والاختصاص يوفر الطمأنينة ، ويبعد عن الشك والريبة ، ويجنب الإنسان مسالك العداوة . ومواطن الشحناء ، التى تنشأ كثيراً من التنافس على المرأة . وبعد ذلك راحة البال لكل من الزوجين . فالزوج الذى يكد طول يومه يأتى إلى البيت فيلقى همومه ، ومتاعبه على بابه ، ثم يدلف إلى شريكة حياته فيجد فيها الأهل والسكن . ويستروح فى جوارها العطف والمودة : وصدق الله حيث يقول « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون » .

والزوجة التى تكون فى كنف ، رجل يشملها برعايته ، ويحوطها بعنايته ، ويوفر لها كل ما تحتاج إليه ، زوجة سعيدة فى حياتها . وأى شىء فى دنياها ترجوه بعد السعادة ؟

وأما مصلحة الأسرة : —

فإن الأسرة التى هى لبنة فى بناء المجتمع الإنسانى العام ، تتكون فى حقيقتها من الزوج ، والزوجة ، والأولاد الذين هم ثمرة الزوجية .

والزواج على النحو المشروع خير ما يكفل للأسرة سعادتها ، ويوفر لها خيرها وهناءها ، فالزوج قد أخذ زوجته بأمانة الله ، واستحلها بكلمة الله ، وارتبط بها برباط مقدس على جهة الدوام ، وألزمه الله بواجبات يقوم بها نحو زوجته ، من حسن المعاشرة ، وأدب المساكنة ، وتوفير الراحة لها ، كما ألزم الزوجة بواجبات تقوم بها نحو زوجها من القيام على مصالح البيت ، والزوج ، والولد ، وأن تكون له الشريك المخلص على أية حال ، إن نظر إليها سرته ، وإن أمرها أطاعته ، وإن غاب عنها حفظته فى نفسها وماله .

والولد الذى هو ثمرة الزوجية ، ينشأ بين أبوين ينتسب إليهما ، ويقومان على تربيته ، وتهذيبه ، وإعداده لمواجهة الحياة ، فلا يكون شيئاً مهملا مضيعاً ، ولا يصير كلا على الأمة ، وبلاء على المجتمع ، كما هو الشأن فى الأولاد الذين هم ثمرة الجريمة . جريمة السفاح والإباحية . وبهذا الاطمئنان والاستقرار الذى يتوفر لأفراد الأسرة ، تكون الحياة هادئة رتيبة ، ومن وراء ذلك ، الخير كل الخير ، والسعادة كل السعادة .

وأما مصلحة الأمة :—

فالأمة هى مجموعة الأفراد ، كيانها منهم ، وقوتها بهم ، فإذا ما تناسل أفرادها تناسلا منظماً مشروعاً ، وتكاثروا تكاثراً مضطرداً متزايداً ، كان فى هذه الكثرة ، منعة الأمة وغيظ العدو .

والأمة هى مجموعة الأسر . وإذا استقرت حياة الأسر فى أمة ما ، استقرت حياة الأمة كلها ، والدولة التى تمشى على نظام شرعى فى حياتها العائلية ، لابد أن تتوفر لها كل مقومات الراحة والطمأنينة ، لأن استقرار الحياة البيتية يؤدى ضرورة إلى استقرار حياة الأمة فى مجموعها ، فتنصرف بكليتها وبدون شواغل معوقة إلى الإنتاج فى ميدان الزراعة ، والصناعة ، والعمل بكل صنوفه وألوانه .

والأمة التى ينشأ الأولاد فيها ، فى كنف آبائهم وأمهاتهم ، يقومون على تربيتهم وتوجيههم إلى الحياة الكادحة العاملة ، أمة يرجى لها الخير ويؤمل لها السعادة .

والأمة التى يعيش أفرادها عيشة الحيوانات ، ينزو ذكورهم على إناثهم ، دون قواعد ولا قوانين . وينشأ فيها أولاد من سفاح ، لا يعرفون لهم عائلا يلوذون به ، ولا موجهاً يسترشدون بتوجيهاته وإرشاده ، أمة لا يرجى لها خير ، ولا يمكن أن تقوم لها قائمة .

ومن خطل الرأى ما يقال من أن الأولاد الذين يولدون نتيجة اتصال غير مشروع ، يمكن أن تتولاهم هيئة حكومية ، أو غير حكومية ، كالملاجىء العامة ، تقوم على تربيتهم والعناية بشأنهم . . من الخطل والخطأ أن يقال ذلك ، لأن الواقع يكذبه . (فالحرب العالمية الأخيرة نتج عنها وجود عدد كبير من الأطفال لا آباء لهم ولا أمهات فقامت على رعايتهم ملاجىء ، وكانت

هـذه فرصة مواتية للموازنة بين الطفل يتربى بين أبويه ، والطفل يتربى في الملاجىء ، من حيث النمو الجسمي ، والعقلي ، والعاطفي ، والخلقي ، وقد انتهزها العلماء لهذه الدراسة ، فوجدوا أنه من ناحية النمو الجسمي في السنة الأولى ، ينمو ابن الملجأ نمواً حسناً ، ربما كان خيراً من نموه بين أبويه لو تكفلاه ، لفضل الرعاية الصحية ، والغذاء الطبي ، والكفاية منه في الملاجىء الأوربية ، وبعد مجاوزة العام الأول ، يدخل في التكوين الجسمي عامل العاطفة ، والنطق . والتكوين العقلي ، وهنا نجد الطفل بين أبوين ، يفوق ابن الملجأ في ذلك وله أثره في الجسم) (١) .

وأما مصلحة النوع الإنساني : —

فليس المقصود من الزواج هو قضاء الشهوة فحسب ، وإلا كان الإنسان والحيوان على درجة سواء ، وإنما المقصود الأصلي ، هو حفظ النسل ، وبقاء النوع الإنساني ، الذى استخلفه الله في الأرض ، واستعمره فيها ، وليس قضاء الشهوة التي هي أثر رغبة الجنس واندفاعه نحو الجنس ، إلا وسيلة لطلب الولد ، وتحقق النسل . ولذا نجد القرآن الكريم كثيراً ما ينوه ويمتن على عباده بنعمة الولد ، الذى يكون ثمرة الزوجية الصحيحة فيقول في سورة الروم « ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية » ويقول في سورة النحل « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون وبنعمة الله هم يكفرون » .

وكذلك نجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يرغب في طلب الولد

---

(١) هامش الأحوال الشخصية للشيخ أبي زهرة ص ١٨ ، وانظر ما نقله بعد ذلك عن كتاب « أطفال بلا أسر » ترجمة محمد بدران ورمزي يسي .

من طريق الزواج ، ولا يرضى للمسلم بالزوجة العقيم التى لا تلد ، لأن الشهوة ليست كل شيء ، وإنما الولد والولد أولا ، هو الذى يجب أن يطلب ويرجى من وراء الزواج . روى معقل بن يسار أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أنى أصبت امرأة ذات حسب وجمال وأنها لا تلد ، أفأتزوجها فقال : لا . ثم أتاه الثانية فنهاه ، ثم أتاه الثالثة ، فقال « تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم » .

قد يقول قائل أن بقاء النوع الإنسانى ، يتحقق ويتم بمجرد اجتماع الرجال بالنساء دون تقيد بقيود ، ودون الرجوع إلى نظام متبع ، ومنهج مشروع ، كما هو الشأن فى سائر الحيوانات ! وللرد على هذا نقول :

إن بقاء النوع الإنسانى ، يخالف بقاء سائر الحيوانات ، إذ أن بقاء الإنسان لابد أن يكون على أكمل وجوه البقاء وأرقاها ، حتى يتمشى ذلك مع منزلته التى خصه الله بها حيث يقول « ولقد كرمنا بنى آدم » وحيث يقول « إنى جاعل فى الأرض خليفة » أى آدم وذريته ، استخلفهم الله فى الأرض لعمارتها واستثمارها إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، ولا يتحقق بقاء الإنسان على الوجه الأكمل ، وصلاحيته لهذه المهمة التى وكلها الله إليه إلا باتباع أحكام الزواج التى جاءت بها شريعة الله لأنها شريعة تنظم التناسل ، وتنظم المحافظة على النسل ، وتدعو للعمل على رقيه وإسعاده .

أما مجرد اتصال الرجل بالمرأة ، دون حدود ولا قيود ، فهذا رغم ما فيه من عوامل الهدم والفساد ، لا يمكن أن يكون من ورائه حفظ النوع من الفناء ، وإن حفظ من الفناء ، فلا يمكن أن يكون على حال تناسب إنسانيته ، وتلائم كرامته ، واعتبر ذلك بالأمم التى يقل فيها الزواج فإنها توشك على الانقراض الذى هو نتيجة حتمية لعدم التناسل المنظم .

٥ — عناية الشارع بالزواج وترغيب الناس فيه — :

يعتبر الزواج بحق، أهم العلاقات التى ينشئها الإنسان فى حياته، وأعظمها خطراً، وأبعدها أثراً، فهو من العلاقات التى يقصد فيها الدوام، ويترتب عليها صلات وقرابات، وينتج عنها الأولاد من البنين والبنات، لذا نجد الشارع الحكيم، ينظم هذه العلاقة تنظيما دقيقاً، ويحتاط لها من بدء التفكير فيها، كما يحتاط لها فى إنشائها، وبقائها، وإنهائها.

يعلم الشارع أن صلاح الزوجة فيه استقرار للحياة الزوجية على الوجه الأكمل فيقول النبي صلى الله عليه وسلم : « تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها فأظفر بذات الدين تربت يداك ».

ويعلم الشارع أن صلاح الزوج، فيه استقرار الحياة الزوجية كذلك، فيوجه الخطاب إلى الأولياء، على لسان نبيه عليه الصلاة والسلام بقوله « إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه إلا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير ».

ويعلم الشارع أن الزوجية لا تدوم إلا إذا كانت الرغبة متوفرة لدى الرجل فى اقترانه بالمرأة، ولدى المرأة فى اقترانها بالرجل، فحث الرجل عند الخطبة على أن ينظر إلى المرأة، فإن رأى منها ما يدعوه إلى نكاحها فعل، وذلك أحرى أن يؤدم بينهما.

كما أباح للمرأة أن تنظر إلى الرجل وتتعرف من صفاته وخلقه وخلقه ما يرغبها فى الاقتران به. لأن المرأة والرجل فى هذا الحق على سواء.

ويعلم الشارع أن عقد الزواج له خطره، وآثاره، فيشترط لصحته شهادة شاهدين، أو الاستفاضة بين الناس، والإعلام به حتى لا يكون هناك مثار للشك، ومدعاة للريبة، كما لا يكون هناك سبيل لجحود الزوجية وإنكارها من أحد الطرفين.

كذلك يعلم الشارع أن الحياة الزوجية لابد فى استقرارها من إخلاص متبادل بين الزوجين ، وثقة كل فى صاحبه ، وحرصه على توفير الراحة له ، فدعى إلى طاعة الزوجة زوجها ، ورفق الزوج بزوجته ، وألزم كل واحد بواجبات ، يتحتم عليه القيام بها نحو الآخر .

ثم شرع الله الطلاق ، ليكون علاجا للحياة الزوجية التى يطول فيها الشقاق ، ويتعذر الوفاق ، ولم ينس أن يحذر من الظلم الذى قد يوقعه الزوج بزوجته عند الطلاق ، مضارة لها ، ونكاية بها فقال : « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وقال : « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » وقال : « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف » وقال: « ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » . . .

لهذه المعانى العالية فى الزواج ، ولهذا النظام الدقيق فيه ، ولما يترتب عليه من خير ، نجد الشارع الحكيم يعده من آياته ، ويجعله من أهم النعم على عباده ، فيدعوهم إلى الأخذ به ، فيقول عز من قائل : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » ويقول « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم » ويقول : « . . . وأحل لكم ما وراء ذلكم — يعنى المحرمات من النساء — أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » ويقول : « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » . ويقول عليه الصلاة والسلام « يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة (١) فليتزوج فإنه أغض للبصر ، وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فإنه له وجاء »(٢) وقال « الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة » وقال ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المرأة الصالحة ، إذا نظر إليها

---

(١) الباءة : القدرة على مؤن الزواج وتكاليفه .

(٢) الوجاء . وجاء بمعنى قطع لأن الصوم يقطع الشهوة .

سرته ، وإذا غاب عنها حفظته ، وإذا أمرها أطاعته ، وقال من أراد أن يلقى الله طاهراً مطهراً فليتزوج الحرائر » .. وغير هذا كثير من الآيات والأحاديث التي تحض على الزواج ، وترغب فيه .

ولكن من الناس من يعرض عن الزواج ، ويرى أن هذا لون من ألوان الزهد والصلاح ، وكذبوا على الله ورسوله ، فلا عبادة ولا زهادة فى الكف عن الزواج ، إذ لا رهبانية فى الإسلام ، وقد صح أن ثلاثة رهط جاءوا إلى بيوت أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يسألون عن عبادته عليه الصلاة والسلام فلما أخبروا كأنهم تقالوها فقالوا وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم قد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، فقال أحدهم ، أما أنا فإنى أصلى الليل أبدا ، وقال آخر أنا أصوم الدهر ولا أفطر ، وقال آخر أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدا ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « أنتم الذين قلتم كذا وكذا ، أما والله إنى لأخشاكم لله ، وأتقاكم له ، لكنى أصوم وأفطر ، وأصلى وأرقد ، وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتى فليس منى » .

ومن الناس من يعرض عن الزواج تهيباً من تبعاته ، وخوفاً من مستلزماته ، واكتفاء بغير ما أحل الله !! . وهذا أخطر شيء على حياة الأمة ، وأكبر عامل يقوض من بنيانها ويهد من أركانها ، ويذهب بمقوماتها وشرفها ، فالأمة التى يعرض شبابها عن الزواج ، أمة ينتشر فيها الفسق والفجور ، وتكثر فيها العدوات والبغضاء ، ويتكون بنيانها العام من أفراد لاتماسك بينهم ، ولانخوة عندهم ، ولا عزة ترفع من شأنهم . والأمة التى يتهيب أفرادها التبعات ، ويتجنبون تحمل المسئوليات ، أمة خاملة هازلة !! ..

نعم فى الزواج مسئوليات ، وله تبعات ، ولكنها مسئوليات الإنسانية الكاملة ، وتبعات الحياة الفاضلة ، وغير ذلك رضى بحياة البهائم والحيوانات.

ومن الشباب ، من يري أن الزواج شر وبلاء ، ومصدر للخصومات ،

والوقوف بين يدى القضاء ، وهذا خطأ بين ، فالشر ليس فى الزواج ، وإنما هو فى سوء استعماله ، وعدم الأخذ بتعاليم الدين فى كل خطواته ، من الخطبة إلى الفراق ، بالموت أو الطلاق ، فكثير من الناس حينما يختار الزوجة لا يحكم عقله ، ولا يحتكم لنصائح الدين ، ولكن يحكم عاطفته ، ويتغاضى عن نصائح الدين وإرشاده .

يخدع كثير من الناس بالمظاهر ، ويفتنون بالجمال والمال والجاه ، ولا يرون الدين من دواعى الرغبة فى المرأة ، ولا الخلق الكريم من أسباب الاقتران بها . والجمال يردى ، والمال يطغى ، والجاه يغرى ، والرسول يحذر من ذلك كله فيقول « لا تزوجوا النساء لحسنهن .فعسى حسنهن أن يرديهن ، ولا تزوجهن لأموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن ، ولكن تزوجهن على الدين ، ولأمة سودا. ذات دين أفضل » ويقول فى حديث آخر « تنكح المرأة لأربع : لمالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » . ويقول فى حديث آخر « إياكم وخضراء الدمن قالوا يارسول الله وما خضراء الدمن ؟ قال : المرأة الحسناء فى المنبت السوء » .

وكذلك قد يخدع ولى المرأة بالمنصب والجاه ، أو يفتن بغنى كهل عجوز طمعاً فى ماله ، فيزوج من فى ولايته وهى فى شرخ صباها . وعز شبابها ؛ بمن يكبر عن سنها . وتناسب السن أهم شىء فى الزواج .

ومن الناس من لا يعرف حقوق الزوجية ، فالرجل أو المرأة قد يسىء كل منهما استعمال حقه ، ولا يقوم بواجبه نحو الآخر ، مما يؤدى إلى سوء العلاقة أو انقطاعها ، ومن وراء ذلك المتاعب والمشاكل التى لا تنقطع !!..

الحق ، أن نظام الزواج ، لو اتبع فى كل خطوة من خطواته ، وسار كل من الرجل والمرأة على نور من هداية الله ورسوله ، لأدى ذلك إلى قيام زوجية

مثالية ، فيها الهدوء والسكينة ، ولكن ساء استعمال هذا الحق فكانت الشكوى ، وكان العزوف عن الزواج ، والعيب فى الناس ، لا فى شريعة رب الناس .

٦ — صفة الزواج الشرعية :

صفة الزواج الشرعية : وهى حكمه التكليفى من وجوب وحرمة . . الخ تختلف باختلاف حال المكلف من رغبة فى الزواج وقدرة عليه وعجز عنه ، لذلك نجد الزواج تعتريه الأحكام الخمسة وهى الفرضية ، والوجوب ، والحرمة والكراهة ، والإباحة .

فيكون فرضاً : ١ — إن قدر على الزواج وتكاليفه ٢ — وأمن على نفسه من ظلم الزوجة ٣ — وتحقق الوقوع فى الزنى لو لم يتزوج .

ويكون واجباً : ١ — إن قدر على الزواج وتكاليفه ٢ — وأمن على نفسه من ظلم الزوجة ٣ — وخاف ـ لا على جهة القطع ـ من الوقوع فى الزنى.

ويكون حراماً : إذا تيقن من ظلم الزوجة والإضرار بها .

ويكون مكروهاً : إذا خاف ظلم الزوجة والإضرار بها ، ولم يبلغ خوفه درجة اليقين .

ويكون مباحاً : فى حال الاعتدال ، وهى الحال التى يقدر فيها على الزواج وتبعاته ، ويتيقن من عدم ظلم الزوجة لو تزوج ، ومن عدم الوقوع فى الزنى لو لم يتزوج .

والقول بالإباحة مذهب الشافعية ، واستدلوا لمذهبهم بأدلة منها ، أن النصوص الواردة فى الزواج ، كثيراً ما تكون بلفظ الحل ، كما فى قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ، وهذا هو معنى الإباحة .

أما الظاهرية فيقولون بفرضية الزواج فى هذه الحالة ـ حالة الاعتدال ـ

أخذاً بظواهر النصوص التي وردت بصيغة الأمر في القرآن والسنة ، لأن الأمر حقيقة في الوجوب أي الفرضية(١) ، ويؤكد هذا ملازمة النبي والصحابة له .

وأما الحنفية والمالكية والحنابلة ، فيرون أن الزواج في هذه الحالة الأخيرة ، سنة مؤكدة أو مندوباً أو مستحباً ـ على حسب اختلاف عباراتهم في ذلك ـ ودليلهم على مذهبهم هذا ، أن النبي صلى الله عليه وسلم داوم على الزواج حتى قبضه الله إليه ، وداوم عليه أكثر الصحابة ، ولو كان مباحا غير مطلوب ، لكان تفرغ الرسول والصحابة للعبادة أفضل من المداومة عليه ، واستدلوا بما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام للرهط الثلاثة ـ وفيهم من ألزم نفسه بالتبتل عن النساء ـ « . . . لكني أصوم وأفطر ، وأصلي وأرقد ، وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني » أي ليس على طريقتي وهديي » قالوا : والنصوص التي جاء طلب الزواج فيها بصيغة الأمر ، مصروفة عن معنى الوجوب إلى معنى الندب للقرائن الدالة على ذلك وهي كثيرة .

ولا شك أن هذا الرأي الأخير القائل بالسنية أو الندب ، قول يتمشى مع المصلحة الخاصة والعامة التي يرمي إليها الشارع من وراء الزواج .

بقي بعد ذلك ، أنه قد تتعارض دواعي الطلب للزواج ، ودواعي المنع منه وذلك كأن يوجد شخص يتيقن أو يظن الوقوع في الزنى لو لم يتزوج ، ويتيقن ـ مع ذلك ـ أو يظن أنه يظلم الزوجة ، ولا يقوم بحقها أن تزوج والحكم في هذه الحالة أن الحرام لا يبيح الحرام ، فالخوف من الوقوع في حرمة الزنى لا يبيح الزواج الذي يترتب عليه ظلم المرأة ، والإضرار بها .

فالواجب ، على من هذه حاله أن يمتنع عن الزواج حتى يطهر نفسه من الظلم ، وأن يقاوم شهوته ، ويعمل على إضعافها ، والحد منها ، وذلك بالصوم الذي أرشد الرسول عليه السلام ، إلى أنه هو العلاج لمثل هذه الحالة .

---

(١) لأن الفرض والواجب عندهم بمعنى واحد .

الفصل الثانى

فى مقدمات العقد

(١) الخطبة (٢) حكمة مشروعيتها (٣) من تجوز خطبتها ومن لا تجوز (٤) أثر الخطبة المحرمة فى العقد (٥) ما يراه الخاطب من المخطوبة (٦) العدول عن الخطبة وأثره .

١ – معنى الخطبة :

الخطبة ـ بكسر الخاء ـ هى طلب الرجل الزواج بالمرأة .

٢ – حكمة مشروعيتها :

لما كان القصد من الزواج ، دوام العشرة بين الزوجين ، لإنجاب الذرية ، وإقامة أسرة صالحة ، على أساس من الاستقرار والطمأنينة ، والتعاون على شئون الحياة المختلفة ، ومواجهة تكاليفها ومستلزماتها بروح من الحب والمودة ، كان لا بد للرجل ـ قبل أن يقدم على الاقتران بامرأة ما ـ أن يتبصر فى الأمر ، ويتروى فى الطلب ، ويتحسس مواضع الخير فيمن يريدها زوجة له ، ويتبين مواطن الرغبة فيها ، فإن اطمأن إليها أقدم على الارتباط بها ، وإلا أحجم عنها وانصرف .

وليس حق التعرف قاصراً على الرجل وحده ، بل للمرأة أيضا أن تتعرف على الرجل ، لأن الزواج شركة ، ومنافع متبادلة ، ولا بد للشريك أن يعرف شريكه ، فالمرأة والرجل فى هذا الحق سواء .

٣ – من تجوز خطبتها ومن لا تجوز :

فى ذلك التفصيل الآتى : ـ

أولا : كل امرأة ليست محرمة على جهة التأييد ولا على جهة التأقيت ، وليست مخطوبة للغير ، يحل خطبتها تصريحاً وتلميحاً .

ثانياً : كل امرأة لا يجوز العقد عليها لا يجوز خطبتها ، لأن الخطبة مقدمة العقد ، ومتى كان العقد غير جائز ، كانت الخطبة غير جائزة أيضاً ، وكانت عبثاً ، وعلى هذا تحرم الخطبة تصريحاً وتلميحاً لمن تحرم على التأبيد كالعمة والخالة والأخت نسباً أو رضاعاً ، ولمن تحرم على التأقيت ، كأخت الزوجة ، وزوجة الغير ، والمعتدة من طلاق(١) رجعى باتفاق .

أما المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى ، فمذهب الحنفية أنه لا يجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تلميحاً ، ما دامت العدة قائمة لبقاء بعض آثار الزوجية فى الطلاق البائن بنوعيه ، ومذهب الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية جواز خطبتها تلميحاً فقط ، نظراً لأن الطلاق البائن يقطع الزوجية ، وهذا كاف فى جواز التلميح ، أما التصريح فلا يجوز مراعاة لجانب الزوج المطلق ما دامت فى عدتها منه .

وأما المعتدة من وفاة ، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على جواز خطبتها تلميحاً وتعريضاً ، ومنعوا منعاً باتا خطبتها على جهة التصريح ، وبهذا جاء القرآن الكريم حيث يقول سبحانه فى سورة النساء بعد ذكر عدة المتوفى عنها زوجها

---

(١) الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ولا الحل فالزوجية معه باقية ما بقيت العدة.

« ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولا معروفاً ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله واعلموا أن الله يعلم ما فى أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حليم » .

وإنما أباح الشارع التعريض بالخطبة فى العدة بالنسبة للمتوفى عنها زوجها ، ولم يبح التعريض بالنسبة للمعتدة من طلاق بائن — كما هو مذهب الحنفية — لأنه فى حالة الوفاة قد انقطعت الزوجية بالمرة ، فلا يتصور عودتها مرة أخرى ، أما المطلقة طلاقاً بائناً ، فإنها وإن انقطعت زوجيتها ، فهى على احتمال أن تعود مرة ثانية بعقد جديد ، وأيضاً فإن المطلقة طلاقاً بائناً ربما دعاها ذلك إلى ادعاء انتهاء العدة — وهى لم تنته بعد — خوفاً من ضياع الفرصة أو استعجالا للحصول عليها . ومعلوم أنها تصدق فى دعوى انتهاء العدة ما دامت المدة محتملة ، أما المتوفى عنها زوجها فعدتها مقدرة بأربعة أشهر وعشرة أيام إن كانت حائلا ، وبوضع الحمل إن كانت حاملا ، فلا سبيل إلى دعوى انقضاء العدة قبل الوضع ، أو مضى المدة المقررة شرعاً .

هذا ولا خفاء فى الفرق بين التصريح والتعريض فى الخطبة ، فالتصريح أن يذكر لفظاً لا يحتمل سوى معنى الخطبة ، والرغبة فى الزواج من المرأة ، كقوله مثلا أريد الزواج منك ، أما التعريض أو التلميح فهو أن يذكر لفظاً يحتمل معنى الخطبة ويحتمل معنى آخر كقوله : وددت لو وفقنى الله للزواج من المرأة مثلك ، أو إذا انتهت عدتك فاعلمينى ، ومن حسن التعريض بالخطبة ، ما روى من أن سكينة بنت حنظلة قالت : استأذن على محمد بن على بن الحسين ، ولم تنقض عدتى من مهلك زوجى ، فقال : قد عرفت قرابتى من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقرابتى من على ، وموضعى فى العرب ، قلت غفر الله لك

يا أبا جعفر ، إنك رجل يؤخذ عنك، تخطبنى فى عدتى ؟ قال : إنما أخبرتك بقرابتى من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن على .

ثالثاً — مخطوبة الغير . مخطوبة الغير إما أن توافق على الخطبة ، وإما أن ترفض ، وإما أن تسكت ولا تصرح برفض أو قبول .

فإن وافقت على الخطبة وتم التراضى ، فلا يجوز لشخص آخر أن يتقدم لخطبتها وهو يعلم بالموافقة ، لما فى ذلك من الاعتداء على الخاطب الأول ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال « المؤمن أخو المؤمن ، فلايحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولايخطب على خطبة أخيه حتى يذر » .

وإن رفضت الخطبة صراحة : حل لأى شخص أن يتقدم لخطبتها حيث زال المانع .

وإن سكتت ولم يكن منها ما يدل على الموافقة أو الرفض : فقد أباح بعض الفقهاء خطبتها لأن السكوت يعتبر رفضاً . وهذا أحد قولين للشافعى ، وذهب أكثر الحنفية والمالكية إلى أنه لايجوز خطبتها لغير الخاطب الأول ، لأن السكوت لا يدل على الرفض ، بل ربما كان للبحث والتحرى عن حال الخاطب الأول .

٤ — أثر الخطبة المحرمة فى العقد :

من خطب معتدة الغير ، أو مخطوبة الغير فهو آثم بإجماع المذاهب ، مستحق للعقاب فى الآخرة ، وإذا ما أوقع عقد الزواج بعد ذلك وقع صحيحاً (١) ، وترتبت عليه آثاره ، وهذا مذهب الحنفية والشافعية والجعفرية وعليه العمل الآن فى المحاكم .

---

(١) بشرط أن يكون العقد بعد انقضاء العدة بالنسبة للمعتدة . فإن عقد عليها أثناء عدتها لا يصح العقد .

وذهب داود الظاهرى إلى القول بعدم صحة العقد . ولزوم فسخه ، دخل بها أو لم يدخل ، لأنه يرى أن النهى عن الخطبة نهى عن النكاح حقيقة، وعن ابن حزم الظاهرى مثل ذلك إلا أنه يرى أن من اعتقد أنه خير للمرأة ، فى دينها ، وحسن صحبتها من الخاطب الأول ، فلا مانع من أن يخطبها هو ويعقد عليها ، لأنه ابتغى الخير والنصح لها ، والدين النصيحة .

وعن الإمام مالك ثلاثة أقوال : قول يوافق مذهب الحنفية ومن معهم ، وقول يوافق مذهب الظاهرية ، وقول بفسخ العقد قبل الدخول ، وبعد الدخول لا فسخ لأن العقد تأكد به .

٥ — مايراه الخاطب من المخطوبة :

الحسن والجمال أمر اعتبارى ، ولكل ذوقه ، فمن تكون على جانب من الحسن والجمال فى ذوق بعض الناس ، قد لا تكون على شىء من ذلك فى رأى بعض آخر ، لذا لا يكفى فى التعرف على حسن المرأة وجمالها أخبار مخبر ، أو إرسال رسول من قبل الخاطب ، كأمه ، أو أخته ، للتعرف على مبلغ جمال المخطوبة ، لهذا نجد الشارع لا يرضى للخاطب أن يقدم على الزواج من امرأة دون التعرف على دواعى الرغبة فيها ، فيدعوه فى أكثر من حديث إلى النظر إلى المخطوبة ، فيقول عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة — وقد خطب امرأة دون أن ينظر إليها — (أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم (١) بينكما) ، وعن جابر رضى الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل » قال جابر : خطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت ما دعانى إلى التزوج منها فتزوجتها — وعن أبى هريرة رضى الله عنه : أن رجلا

---

(١) أى أن تحصل الموافقة والملائمة بينكما .

خطب امرأة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « أنظر إليها فإن فى أعين الأنصار شيئاً » يعنى ضيقاً .

من هذه الأحاديث يتبين بوضوح إباحة الشارع نظر الخاطب للمخطوبة، ولكن ماهو القدر الذى يباح للرجل أن ينظر إليه من المرأة ؟ . ذهب الفقهاء إلى أن المباح هو النظر إلى وجهها وكفيها ، لأن الوجه يدل على الجمال ، ويشف عن الحالة النفسية التى تنطبع على تقاسيمه ، وتظهر فى لحاته ، واليدان يدلان على خصوبة البدن أو عدم خصوبته . وزاد بعض الحنفية على ما تقدم القدمين ، وزاد الحنابلة الرقبة ، وزاد بعض الجعفرية الشعر ، وغالى الظاهرية فأباحوا النظر إلى جميع أجزاء جسمها .

ولا مانع عند هؤلاء جميعاً ، من تعدد النظر ، ومداومته ، إلى الحد الذى يكفى للتعرف لأن التعرف لا يكون — فى الغالب — من نظرة واحدة ، كما أنه لا بأس من أن يكون النظر إلى من يريد خطبتها ، بدون علمها ، وعلى غفلة منها ، لقول جابر ، وهو صحابى جليل الرأيه قيمته « خطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعانى إلى التزوج منها فتزوجتها » . ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم إذا خطب أحدكم امرأة ، فلا جناح عليه أن ينظر منها ، إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة ، وإن كانت لا تعلم » .

ولعل رؤية المخطوبة دون علمها أولى وأوفق من رؤيتها وهى تعلم أن ذلك من أجل الخطبة ، لأنه فى الحالة الأولى أن زهد فيها ورغب عنها ، تم ذلك دون شعور منها ، فلا يجرح كرامتها ، ولا يؤذى شعورها ، أما فى الحالة الثانية ، فإن فى الإعراض عنها إيذاء لها ، وإدخالا للحسرة على نفسها ، وهذا ما لا يرضاه الله ورسوله .

بقى أن نقول إن هذا الحق — حق النظر للمخطوبة — ثابت للمرأة

أيضاً ، لأن المرأة يعجبها من الرجل ما يعجب الرجل منها ، وتكره منه ما يكره منها ، ولها رغبة فى صفات ، ورغبتها لها اعتبارها فى استقرار الحياة الزوجية ، بل نظر المرأة إلى الرجل ، والتعرف على حاله ، أولى من نظر الرجل إلى المرأة لأن الرجل قادر على الخلاص منها بالطلاق ، لو ظهر فيها ما يبغضها إليه ، أما المرأة فلا تملك الطلاق ، فأنى لها الخلاص ؟ .

هذا . وقد يحتاج تعرف الرجل على المرأة وتعرف المرأة على الرجل ، إلى أن يجلس كل منهما إلى الآخر ، وأن يأخذا بأطراف الأحاديث بينهما ، وهذا لا يرى الشارع فيه بأساً ، بل يدعو إليه إذا اقتضى الحال ، ولكن بشرط ألا تكون هناك خلوة ، فلابد من وجود محرم للمرأة معهما كأبيها أو أخيها ، أو عمها .

أما ما يفعله كثير من الناس فى هذه الأيام من الاختلاط بالمخطوبة ، والخروج معها ، على انفراد إلى الأماكن العامة ، ودور اللهو ، بالنهار وفى الليل بحجة أن هذا أبلغ فى تعرف كل منهما على خلق الآخر وطبائعه ، فذلك من عمل الشيطان ، وعواقبه قد تنتهى فى الغالب إلى إلحاق أذى بالرجل أو بالمرأة ، بل الأذى أشد أثراً وأبعد خطراً بالنسبة للمرأة ، حيث يعرضها للشك ، ويجعلها فى متناول الريبة « وما اختلى رجل بامرأة إلا وكان الشيطان ثالثهما » .

٦ — العدول عن الخطبة وأثره: —

قبول الخطبة ليس أكثر من وعد بالزواج من جانب كل من الخاطب والمخطوبة ، ولو تأكد ذلك بقراءة الفاتحة ، كما يجرى عليه عمل الناس .

والخطبة ليست عقداً حتى يترتب عليها ما يترتب على عقد الزواج ، وهى غير ملزمة بذاتها واحداً من الطرفين بإمضاء العقد ، بل لكل منهما أن يعدل عن الخطبة شرعاً وقانوناً ، وإن كان هذا مكروهاً ، لأنه لا يستقيم مع صدق

الوعد ، وفضيلة الوفاء ، اللهم إلا إذا كان فى فسخ الخطبة مصلحة محققة تبرر خلف الوعد ، وترجح نقض الاتفاق .

ولكن ، قد يحدث أن يسلم الخاطب للمخطوبة كل المهر أو بعضه بمجرد الخطبة وقبل العقد ، كما يحدث أن يقدم لها بعض الهدايا من الثياب أو الحلى أو ما أشبه ذلك . فهل إذا فسخت الخطبة من الجانبين ، أو من أحدهما يكون للخاطب حق الرجوع فيما قدمه من المهر أو الهدايا ؟ وللجواب عن هذا نقول :

أما المهر : فللخاطب حق الرجوع فيه ما دام العقد لم يتم لأن استحقاق المرأة للمهر ، إنما هو نتيجة تمام العقد ، وما دام العقد لم يقع فلا حق لها فى المهر أصلا ، وعليها رده للخاطب بعينه إن كان باقياً . وإن هلك أو استهلك فعليها رد مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان قيمياً ، وهذا باتفاق أصحاب المذاهب على اختلافها .

وأما الهدية : فذهب الحنفية : إلى أن الخاطب له الحق فى استردادها ما دامت باقية ، أما إن هلكت ، أو استهلكت ، أو حصل فيها أى مانع من موانع الرجوع فى الهبة(١) ، فليس للخاطب حق الرجوع ، لأن الهدية هبة ، والهبة لا تسترد حال وجود مانع من موانع الرجوع فيها . وهذا الحكم يستوى فيه ، كون فسخ الخطبة من جانبهما معاً ، أو من جانب الرجل وحده ، أو من جانب المرأة وحدها .

---

(١) موانع الرجوع فى الهبة هى (١) زيادة الموهوب (٢) موت الواهب أو الموهوب له (٣) تعويض الواهب عن الهبة (٤) خروج الموهوب عن ملك الموهوب له (٥) قيام الزوجية بين الواهب والموهوب له حال الهبة (٦) القرابة المحرمية (٧) هلاك الموهوب أو استهلاكه .

ومذهب الجعفرية : كمذهب الحنفية غير أنهم قالوا باسترداد الهدية ولو هلكت ، إن كانت مشروطة بالزواج من المهدى .

وذهب الشافعية : إلى أن للخاطب حق الرجوع في الهدايا ، باقية أو هالكة ، سواء أكان الرجوع من قبل المرأة ، أم من قبل الرجل ، أم من قبلهما معاً .

أما المالكية : فالمعتمد عندهم أن الشرط معتبر ، والعرف محكم ، إن كان ثمة شرط أو عرف ، وإلا فإن كان الرجوع من قبل الرجل ، فلاحق له في الرجوع في الهدية على المرأة مطلقاً ، لأنه بالرجوع يجمع عليها بين مصيبتين ، مصيبة الإعراض عنها ، ومصيبة استرداد ما قدم لها . وإن كان الرجوع من قبل المرأة ، فله حق استرداد الهدية مطلقاً ، باقية أو هالكة ، بعينها ، أو مثلها ، أو قيمتها . لأنه لا يجمع على الرجل بين ضياع ماله وفوات الخطبة .

والحق أن مذهب المالكية أوفق وأرفق ، وقد وقعت محاولات تشريعية لالتزام العمل به لأولويته . ولكن رغم هذه المحاولات لازال العمل في هذه المسألة على مذهب الحنفية في مصر ، وفي العراق .

حكم الضرر المترتب على فسخ الخطبة :—

كثيراً ما يتم التراضي على الخطبة ، ويقوم الرجل من جانبه بإعداد المسكن اللازم للحياة الزوجية ، أو تقوم المرأة بشراء الجهاز ، أو تستقيل من وظيفتها لتتفرغ لشئون البيت ، ثم يحدث بعد ذلك أن تفسخ الخطبة من جانب المرأة ، فيلحق الرجل ضرر بما كلف نفسه من نفقات إعداد المسكن ، أو تفسخ من جانب الرجل ، فيلحق المرأة ضرر بما تكلفته من ثمن الجهاز ، أو بما يترتب على تركها الوظيفة من سد طرق العيش في وجهها . . فهل في مثل هذه الحالة يحكم بالتعويض على من ألحق الضرر بصاحبه ، بسبب فسخه الخطبة ، أو لا يحكم بشيء ؟

الحق أن النصوص الفقهية ليس فيها نص صريح فى هذه المسألة ، ولكن من القواعد العامة ، قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وقاعدة (الضرر يزال) ، وهذا يعطينا ان المتسبب فى إلحاق الضرر بغيره عليه إزالته ، وطريق إزالته فيما نحن بصدده ، التعويض .

وهناك قاعدة أخرى تقول (الجواز الشرعى ينافى الضمان) ، وهذه القاعدة تعطينا ـ فى بحثنا هذا ـ أن من عدل عن الخطبة ، فقد استعمل حقه الشرعى ، ومن استعمل حقه الشرعى ، غير ضامن ، ولا مطالب بالتعويض ، عما نشأ من ضرر لحق غيره باستعماله حقه .

لهذا نجد القضاء يتردد بين هاتين القاعدتين ، فمن القضاة فى مصر من حكم بالتعويض ، عملا بقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وبقاعدة (الضرر يزال) ، ومنهم من لم يحكم بالتعويض عملا بقاعدة (الجواز الشرعى ينافى الضمان) ، ولأن فى التعويض شبه إكراه على إتمام عقد الزواج ، وهذا لا يتفق مع ما يجب أن يكون عليه عقد الزواج من رضى الطرفين ، وحريتهما التامة فى إنشائه ، ولأن الخاطب والمخطوبة ، يعلمان أن لكل منهما حق الفسخ فى أى وقت ، ما دام العقد لم يحصل ، فإن أقدم واحد منهما على عمل ما ، بناء عن الخطبة ، ثم لحقه الضرر . نتيجة العدول عنها ، فذلك نتيجة تسرعه فى أمر كان له فيه أناة .

والحق أنه يجب أن ننظر إلى الضرر الحاصل ، على أى شيء ترتب ؟ إن كان قد ترتب على مجرد الخطبة ، دون تحريض وإيعاز من الطرف الآخر ، فلا تعويض ، لأن هذا الضرر نتيجة الاغترار والتسرع ، وكان الواجب التريث فى الأمر حتى يتم العقد ، وحيث لم يتريث فهو وحده الجانى على نفسه.

وإن كان قد اقترن بالخطبة وعد من الطرف الآخر وتحريض ، بحيث يعتبر هو المتسبب فى الضرر ، فحينئذ يجب التعويض على من غرر بصاحبه

وخدعه ، وليس هذا التعويض أثراً للرجوع فى الخطبة ، لأن ذلك حقه ، ولا شىء عليه فى استعمال حقه ، وإنما هو أثر للتغرير الحاصل منه لصاحبه حيث وعده وخدعه وتسبب فى إلحاق الضرر به .

ونهى البحث فى هذه المسألة بما ذكره الأستاذ الكبير الدكتور عبد الرزاق السنهورى من أن القضاء قد استقر على ما يأتى : —

١ — الخطبة ليست بعقد ملزم .

٢ — مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً للتعويض .

٣ — إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية (١) .

---

(١) انظر الأحوال الشخصية للدكتور محمد يوسف موسى ص ٥٥.

الباب الثاني

في عقد الزواج

(١) أركانه (٢) شروطه (٣) أقسامه (٤) المحرمات من النساء (٥) الولاية في الزواج (٦) الوكالة به (٧) الكفاءة بين الزوجين (٨) زواج المسلمين من غير المسلمين (٩) زواج غير المسلمين (١٠) إثبات الزوجية .

الفصل الأول

في : أركان عقد الزواج

(١) بيان الأركان (٢) حقيقة الإيجاب والقبول (٣) ولاية العقد (٤) صيغة العقد (٥) طرق العقد .

١ — بيان أركان العقد : —

أركان عقد الزواج ، هي أجزاؤه التي بها يتحقق وجوده ، ويتم انعقاده ، وهي العاقدان ، والمعقود عليه ، والصيغة ، وهي الإيجاب والقبول .

ولكن نجد الفقهاء عندما يذكرون أركان عقد الزواج ، يقتصرون على الإيجاب والقبول ، ويصرفون النظر عن ذكر العاقدين ، والمعقود عليه ، لأن وجود الصيغة يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه ، فلا حاجة لذكرهما ،

٢ — حقيقة الإيجاب والقبول : —

عرفوا الإيجاب ، بأنه ما صدر أولا من أحد العاقدين ، للدلالة على إرادة إنشاء عقد الزواج ، ورضاه به ـ وعرفوا القبول ، بأنه ماصدر ثانياً من العاقد

الآخر . للدلالة على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول . ويستوى فى ذلك أن يكون الإيجاب من جانب الزوج ، أو من يقوم مقامه . من الولى ، أو الوكيل . والقبول من جانب الزوجة ، أو من يقوم مقامها من الولى أو الوكيل ، والعكس ، بأن يكون الإيجاب من جانب الزوجة . أو وليها ، أو وكيلها . والقبول من جانب الزوج ، أو وليه ، أو وكيله .

٣ — ولاية العقد : —

قد يتولى عقد الزواج من له صفة شرعية ، وهو الأصيل (الزوج أو الزوجة) أو الوكيل ، أو الولى ـ وقد يتولاه من ليس له صفة شرعية ، وهو الفضولى ، أى الأجنبى ، الذى ليس أصيلا فى العقد ، ولا ولياً ولا وكيلا ـ وعلى كل إما أن يتولى العقد من جانبيه (أى جانب الإيجاب ، وجانب القبول) اثنان ، أو يتولاه واحد فقط ، وإليك التفصيل :

(أ) الصور التى يتولى العقد فيها اثنان لهما صفتهما الشرعية : —

١ — أن يكون العاقدان أصيلين ، وهما الزوج ، والزوجة .

٢ — أن يكون العاقدان وليين ، أحدهما ولى الزوج ، والآخر ولى الزوجة .

٣ — أن يكون العاقدان وكيلين ، أحدهما وكيل الزوج ، والآخر وكيل الزوجة .

٤ — أن يكون أحد العاقدين أصيلا عن نفسه ، والثانى ولى عن غيره .

٥ — أن يكون أحد العاقدين أصيلا عن نفسه ، والثانى وكيل عن غيره .

٦ — أن يكون أحد العاقدين وكيلا عن غيره ، والثانى ولى عن غيره .

وحكم هذه الصور كلها : أن الزواج ينعقد فيها باتفاق .

(ب) الصور التي يتولى العقد فيها واحد فقط ، له صفة شرعية :ـ

١ — أن يكون العاقد ولياً على الزوجين ، كالجد يزوج بنت ابنه ، من ابن ابنه الآخر ، وهما فى ولايته .

٢ — أن يكون العاقد وكيلا عن الزوجين ، كرجل يزوج موكلته من موكله .

٣ — أن يكون العاقد أصيلا عن نفسه ، ووليا عن غيره ، كرجل يزوج نفسه من ابنة عمه المشمولة بولايته .

٤ — أن يكون العاقد أصيلا عن نفسه ، ووكيلا عن غيره ، كرجل يزوج نفسه من امرأة وكلته أن يزوجها من نفسه .

٥ — أن يكون العاقد ولياً من جانب ، ووكيلا من جانب آخر ، كرجل يزوج بنت أخيه التي فى ولايته لرجل وكله أن يزوجه منها .

وحكم هذه الصور كلها : أن الزواج منعقد ، خلافاً لزفر والشافعى ، فإنهما يقولان بعدم الانعقاد(١) ، لأن عقد الزواج لا يتم إلا بإرادتين ، إحداهما موجبة ، والثانية قابلة ، وهما صفتان متقابلتان ، لا يمكن قيامهما بشخص واحد ، فى حال واحدة ـ وحجة القائلين بالانعقاد ، أن عبارة الشخص الواحد فى هذه الحالة ، قائمة مقام عبارتين ، فإذا قال الولى عن الزوج والزوجة ، زوجت فلانة من فلان ، قام ذلك مقام « زوجت » من جانب الموجب ، « وقبلت » من جانب القابل ، واحتجوا أيضاً بما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال لرجل : أترضى أن أزوجك فلانة ؟ قال نعم ، وقال للمرأة :

---

(١) استثنى الشافعى من ذلك مسألة الولى ، كالجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه الآخر ، فإن الزواج ينعقد بعبارة الجد وحده للضرورة ، لأنه متى تعينت ولاية الجد ، وكان لابد من الولى فى عقد الزواج ، جاز ذلك ، وإلا تعطل أمر الزواج فى هذه الحالة .

أترضين أن أزوجك فلاناً ؟ قالت نعم ، فزوج أحدهما من صاحبه ، بوصفه وكيلا عن الزوجين .

(ج) الصور التى يتولى العقد فيها اثنان ، لأحدهما صفة شرعية دون الآخر ، أو ليس لهم معاً هذه الصفة :ـ

١ — أن يكون الموجب فضولياً ،والقابل أصيلا ، كأن يقول الفضولى لرجل زوجت فلانة منك ، فيقول الرجل قبلت .

٢ — أن يكون الموجب فضولياً ، والقابل ولياً ، كأن يقول الفضولى لرجل زوجت فلانة من فلان المشمول بولايتك ، فيقول الولى قبلت .

٣ — أن يكون الموجب فضولياً ، والقابل وكيلا ، كأن يقول الفضولى لرجل زوجت فلانة من موكلك فلان ، فيقول الوكيل قبلت .

٤ — أن يكون الموجب فضولياً ، والقابل فضولياً كذلك ، كأن يقول الفضولى لفضولى آخر ، زوجت فلانة من فلان ، فيقول الآخر قبلت .

وحكم هذه الصور كلها : أن الزواج ينعقد موقوفاً على إجازة صاحب الشأن ، وهو المعقود له أو عليه ، أو من يقوم مقامه ، خلافاً للشافعى فإنه يرى أن الزواج لا ينعقد بحال ، لأن تصرفات الفضولى كلها باطلة عنده .

(د) الصور التى يتولى العقد فيها واحد فقط ، ليس له صفة شرعية من ناحية ، وله صفة شرعية من ناحية أخرى ، أو ليس له صفة شرعية مطلقاً :ـ

١ — أن يكون العاقد فضولياًمن جانب ، وأصيلا من الجانب الآخر ، كأن يقول الفضولى ، زوجت فلانة من نفسى .

٢ — أن يكون العاقد فضوليا ، من جانب ، وولياً من الجانب الآخر ، كأن يقول الفضولى ، زوجت فلانة من ابنى فلان ، وابنه صغير فى ولايته .

٣ — أن يكون العاقد فضوليا من جانب ، ووكيلا من الجانب الآخر ، كأن يقول الفضولى زوجت فلان من موكلى فلان .

٤ — أن يكون العاقد فضولياً فى الجانبين ، كأن يقول فضولى ، زوجت فلانة من فلان .

وحكم هذه الصور كلها : أن الزواج ينعقد فيها كلها ، عند أبى يوسف ولكنه موقوف على إجازة صاحب الشأن ، لأنه لا مانع من قيام عبارة العاقد الواحد مقام عبارتى الإيجاب والقبول ؛ من الموجب والقابل . ولا فرق بين كون العاقد له صفة شرعية ، أو ليس له صفة شرعية ، إلا أن العقد نافذ بالنسبة للأول ، موقوف بالنسبة للثانى ـ وذهب أبو حنيفة ومحمد وزفر والشافعى ، إلى أن الزواج لا ينعقد أصلا ـ أما زفر ، فلأنه يمنع انعقاد الزواج إذا تولى العقد واحد فقط ، وكان ذا صفة شرعية ، فمن باب أولى ألا ينعقد مع انعدام الصفة الشرعية .

وأما الشافعى ، فكذلك ، ولأنه يرى أن عقد الفضولى يقع باطلا من أساسه ـ وأما أبو حنيفة ، ومحمد ، فيقولان : إنما قلنا بانعقاد الزواج بصدور العقد من جانب واحد عندما كان العاقد ذا صفة شرعية ، لأن الولاية أو الوكالة متى ثبتت كان ذلك قرينة على أن العاقد قائم مقام الأصيل ومعبر عنه ، فعبارته تفيد معنى الإيجاب والقبول ، أما من ليس له صفة شرعية وهو الفضولى ، فليس هناك قرينة قائمة تدل على أنه قائم مقام الأصيل ، ومعبر عنه ، فتكون عبارته حينئذ هدراً ، وليس لها أثر ما .

هذا ، وينبغى أن تعلم أن كل العقود ـ عدا عقد الزواج ـ كالبيع ، والإجارة ، والرهن ، لابد أن يتولاها اثنان ، أحدهما موجب ، والآخر

قابل(١) ، وهذا باتفاق ، أما عقد الزواج فقد أجاز من ذكرنا سابقاً أن يتولاه عاقد واحد ، باعتبار واحد أو باعتبارين مختلفين ، والسر فى أن عقد الزواج ينفرد بهذا ، دون سائر العقود ، هو أن الحقوق ، والواجبات ، وسائر أحكام العقد فى الزواج ، ترجع إلى الأصيل ، وهو الزوج ، أو الزوجة ، فيطالب الزوج بالمهر والنفقة مثلا وتطالب المرأة بتسليم نفسها لزوجها ، وطاعتها له ، ولا يطالب من باشر العقد بشىء من ذلك مطلقاً ، لأنه مجرد سفير ومعبر عن الأصيل - أما باقى العقود ، فإن الحقوق فيها ترجع إلى من باشر العقد بنفسه ، فالوكيل بالبيع - مثلا - يطالب بتسليم المبيع ، ويرد عليه بالعيب ، وليس للمشترى حق الرجوع على الموكل بشىء من حقوق العقد ، وما دامت كل حقوق العقد وأحكامه - غير عقد الزواج - ترجع لمن يباشر العقد بنفسه ، فليس من المعقول ، أن يتولى العقد شخص واحد ، لأنه يلزم على ذلك ، أن يكون مطالباً بالثمن ومطالباً به ، ومسلماً للمبيع ومتسلماً له ، وراداً بالعيب ومردوداً عليه ، وهذه كلها التزامات متنافية ومتعارضة ، لا يتصور الوفاء بها جميعا ، من شخص واحد ، وفى آن واحد .

٤ — صيغة العقد :

صيغة العقد : هى الألفاظ الدالة على توافق إرادتى المتعاقدين على شىء واحد ، دون التقيد بلفظ مخصوص ، أو بلغة مخصوصة ، لأن العبرة بالمقاصد دون الألفاظ ، فكل لفظ يدل على تراضى الزوجين ، وتلاقى إرادتيهما على قيام الزوجية بينهما ، صح أن يكون صيغة للعقد ، ما دام المقصود منه واضحاً

---

(١) يستثنى من ذلك للضرورة ، ولى الصغير أو المجنون ، الذى يتولى وحده عقد البيع ، بمقتضى ولايته ، كما إذا باع شيئاً من ماله لابنه الصغير ، أو باع شيئاً من مال ابنه الصغير ، لابنه الآخر الصغير أو المجنون .

ومفهوماً للمتعاقدين ، ولشهود العقد . وعلى هذا فتستوى جميع اللغات فى التعبير عن إنشاء العقد ، لا فرق بين عامية وعربية ، وغير عربية ، خلافاً لما نقل عن الشافعى من أنه لا يصح عقد الزواج بغير العربية لمن يعرفها ، لأن النكاح حقيقة شرعية إسلامية ، فيه معنى العبادة ، وله أثره وحكمه ، فكان كالصلاة ، لا تصح بغير العربية .

ولأهمية عقد الزواج ؛ وما يترتب عليه من آثار عنى الفقهاء ببيان صيغة العقد ، فقالوا ، لابد فى الصيغة ـ وهى الإيجاب والقبول ـ من تحقق أمرين ، أحدهما من ناحية الصورة والهيئة ، والثانى من ناحية المادة التى يشتق منها اللفظ.

أما من ناحية الصورة والهيئة : فلابد أن يكون الإيجاب والقبول على صورة الماضى ، «كزوجت ، وقبلت» . أو أن يكون الإيجاب بصيغة المضارع ، والقبول بصيغة الماضى ، «كقول الرجل للمرأة أتزوجك ، وقولها له قبلت» ، أو أن يكون الإيجاب بصيغة الأمر ، والقبول بصيغة الماضى «كقول الرجل للمرأة ، زوجينى نفسك ، وقولها له تزوجتك أو قبلت» . أو أن يكون كل من الإيجاب والقبول جملة إسمية «كقول الرجل للمرأة أنا زوجك ، وقول المرأة وأنا زوجتك» . أو أن يكون الإيجاب جملة إسمية ، والقبول بلفظ الماضى ، «كقول الرجل أنا زوجك ، وقول المرأة له قبلت» . أو أن يكون الإيجاب بصيغة الماضى أو المضارع أو الأمر ، والقبول جملة إسمية ، «كقول الرجل تزوجتك ، أو أتزوجك أو زوجينى نفسك ، وقولها له أنا زوجتك» .

وهنا ننبه إلى أنه إذا كانت عبارة الإيجاب بصيغة المضارع ، أو الأمر ، فإنه لابد من ألا يكون هناك أى احتمال يصرف اللفظ عن معنى إرادة إنشاء العقد . وإنما اشترطنا ذلك لأن المقصود فى العقود ، هو إنشاء معنى فى الحال ، لم يكن موجوداً قبل العقد ، وهذا المعنى لم يوضع له فى اللغة لفظ خاص يدل

عليه ، فاستعمل فى ذلك صيغة الماضى ، لأنها لما تفيده من معنى المضى ، كانت أقوى الصيغ . وأبلغها فى الدلالة على إنشاء العقد فى الحال(١) . أما صيغة المضارع فلما تفيده من معنى الحال ، أو الاستقبال كانت بعيدة عن معنى إنشاء العقد . وكذلك صيغة الأمر لأنها للطلب فى المستقبل(٢) ، لذا كان لابد فى هاتين الصيغتين « صيغة المضارع ، وصيغة الأمر » من قيام قرينة دالة على إرادة إنشاء العقد ، وتحصيله .

وأما من ناحية المادة : فالقبول يتحقق بكل لفظ يدل على موافقة الطرف الثانى، ورضاه بما أوجبه الطرف الأول ، دون التقيد بمادة معينة ، أما الإيجاب ، فهناك ألفاظ صريحة وضعت لمعنى الزواج لغة ، وورد استعمال الشارع لها ، وذلك لفظ التزويج ، والإنكاح ، وما يشتق منهما ، وهذه متفق عليها بين جميع الفقهاء ولا خلاف فى انعقاد الزواج بها .

وهناك ألفاظ مجازية ، لم توضع لمعنى الزواج حقيقة ، ولكنها تدل عليه بطريق المجاز كلفظ الهبة ، والتمليك ، وهذه لا يتحقق بها معنى الإيجاب عند الجعفرية ، والشافعية ، وبعض المالكية(٣) والحنابلة . أما الحنفية فإنهم يقسمون هذه الألفاظ المجازية إلى أقسام أربعة ، وهى :

---

(١) والجملة الإسمية تفيد هذا المعنى أيضا لأنها تدل على الثبات والاستقرار .

(٢) اختلفت أقوال الحنفية فى توجيه انعقاد الزواج بصيغة الأمر فى الإيجاب، فقال بعضهم يعتبر الأمر توكيلا من جانب الموجب للطرف الثانى — وقال بعضهم إن صيغة الأمر إيجاب لأنه لا يقصد بها سوى تحقق المعنى المقصود من الإيجاب . ومعنى المساومة ، أو الوعد ، غير متصور فى الزواج ، لأنه لا يكون إلا بعد تحريات ومراجعات .

(٣) يرى المالكية صحة عقد الزواج بلفظ الهبة بشرط تسمية المهر ، فإن لم يسم المهر لا ينعقد .

القسم الأول : ألفاظ اتفقوا على أنه يتحقق بها الإيجاب ، وينعقد الزواج، وهى لفظ الهبة ، والتمليك ، والصدقة ، والجعل ، وما فى معناها ، من كل ما يفيد معنى التمليك فى الحال ، وبغير عوض . واستدلوا على هذا ، بأنه قد ورد فى القرآن ما يفيد انعقاد الزواج بلفظ الهبة ، حيث يقول الله تعالى ، بعد ذكر ما أحله للنبي صلى الله عليه وسلم من النساء ، « . . . وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي . . . الآية » وما جاز للنبي جاز لأمته ، ما لم يقم دليل على الخصوصية(١) . قالوا وقد ورد فى السنة ما يفيد انعقاد الزواج بلفظ التمليك ، وهو ما جاء فى حديث الواهبة نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم ، من قوله عليه السلام لمن أراد الزواج منها بعد إعراض الرسول عنها « . . ملكتكها بما معك من القرآن » .

القسم الثانى : ألفاظ اتفقوا على أنه لا يتحقق بها الإيجاب ، وبالتالى لا ينعقد بها الزواج ، وذلك كألفاظ الإباحة ، والإحلال ، والإعارة ، والإيداع ، لأنها لا تدل على التمليك أصلا .

القسم الثالث : ألفاظ اختلفوا فى تحقق الإيجاب وانعقاد الزواج بها ، وهى ، لفظ ، البيع والشراء ، وما فى معناهما من كل ما يدل على تمليك العين فى الحال وبعوض . والصحيح هو القول بالانعقاد ، ما دام قد قصد بها معنى الزواج ، وقامت القرينة على ذلك .

القسم الرابع : ألفاظ اختلفوا فى تحقق الإيجاب وانعقاد الزواج بها ، وهى لفظ الإجارة ، والوصية ، وما فى معناهما من كل ما يدل على التأقيت كالإجارة ، أو ما يدل على التراخى كالوصية ، والصحيح عدم الانعقاد بها ،

---

(١) موضع الخصوصية المدلول عليه بقوله تعالى بعد ذلك « خالصة لك من دون المؤمنين » هو زواجه عليه السلام بلا مهر لإنكاحه بلفظ الهبة .

لأن مدلولاتها تنافى معنى الزواج وما يقصد منه من ملك المتعة فى الحال ، وعلى سبيل الدوام ، والزواج يفسده التأقيت ، ويبطله الإضافة إلى المستقبل .

٥ — طرق العقد :

يقع عقد الزواج على طرق مختلفة وهى :

(ا) عقد الزواج بالعبارة : ويراد بالعبارة تلفظ الموجب بالإيجاب ، والقابل بالقبول ، ولا يجوز مطلقاً العدول عن العبارة ، مع القدرة عليها ، إلى غيرها من الكتابة ، أو الإشارة ، ويستوى فى هذا عبارة الأصيل أو من يقوم مقامه من الولى أو الوكيل .

(ب) عقد الزواج بالتعاطى : لا ينعقد الزواج بالتعاطى ، خلافاً لغيره من العقود الأخرى كالبيع . وعلى هذا لو قالت امرأة لرجل ، زوجتك نفسى بمائة دينار ، فلم يجبها ، وإنما سلمها المائة فى المجلس ، لا يقع الزواج منعقداً ، وذلك لأن الزواج له خطره ، وشأنه فيجب صونه عن مواطن الاحتمال — وكذلك الحكم لو لم يجبها ، ولم يسلمها المائة ، وإنما صافحها علامة الرضا والسرور .

(ج) عقد الزواج بالإشارة : الأخرس إما أن يحسن الكتابة ، وإما لا ، فإن كان لا يحسن الكتابة ، فإشارته المفهمة لمعنى العقد ، كافية فى انعقاد الزواج باتفاق بين الفقهاء .

وإن كان يحسن الكتابة ، ففى انعقاد الزواج بإشارته المفهمة ، روايتان .

إحداهما — عدم الانعقاد ، لأن الكتابة أظهر من الإشارة فى الدلالة على المراد .

ثانيهما — صحة الانعقاد ، لأن المقصود حاصل بالإشارة .

والرواية الأولى أرجح وأحوط ، وهى المعتمدة فى المذهب الحنفى ، وعليها العمل اليوم .

وذهب الجعفرية إلى انعقاد الزواج بإشارة الأخرس ، ولو كان قادراً على الكتابة ما دامت الإشارة ، تفيد المقصود ، وتؤدى إلى المطلوب .

(د) عقد الزواج بالكتابة : إذا كان أحد الزوجين(١) غائباً ، صح أن يرسل كتاباً إلى الآخر ، يذكر فيه صيغة الإيجاب . وذلك كأن يكتب رجل إلى امرأة كتابا يقول فيه تزوجتك ، وحينئذ لابد أن تحضر المرأة الشهود ، وتقرأ الكتاب عليهم ، أو تعلمهم بما فيه ، ثم تقول لهم ، أشهدكم على ذلك ، وعلى أنى قبلت الزواج منه ، وبهذا يتم العقد .

ويلاحظ أن هذا الإشهاد على ما جاء فى الكتاب ، وعلى القبول ، إنما هو لمجرد انعقاد الزواج وصحته ، ولكنه غير كاف عند التجاحد ، فقد ينكر الرجل أن الكتاب كتابه ، وحينئذ فلا بد من التثبت بالإشهاد على أن الكتاب كتابه .

(هـ) عقد الزواج بالرسول : إذا أرسل شخص رسولا إلى امرأة ، فقال لها أنا رسول فلان ، أرسلنى إليك ، يقول لك زوجينى من نفسك ، فأحضرت المرأة شهوداً ، وأسمعتهم كلام الرسول ، وقالت بعد ذلك بحضرتهم ، زوجته نفسى ، أو قبلت زواجه ، تم العقد ، بالإيجاب الذى بلغه الرسول ، وبالقبول منها ، واعتبر الإيجاب من المرسل حاصلا فى مجلس القبول(٢) .

---

(١) المراد من الزوجين هنا مريدا التزوج فالإطلاق مجازى باعتبار المآل .

(٢) ذكر الفقهاء أن بين الكتاب والرسول فرقا ، وذلك أنه إذا رفضت المرأة ، ولم تقبل الزواج فى مجلس تبليغ الرسالة ، ثم قبلت بعد ذلك فى مجلس آخر لا ينعقد الزواج ، لعدم اتصال القبول بالإيجاب فى المجلس ، وكلام الرسول قد تلاشى بمجرد

الفصل الثانى

فى : شروط عقد الزواج

(١) شروط الانعقاد (٢) شروط الصحة
(٣) شروط النفاذ (٤) شروط اللزوم .

شروط عقد الزواج ، أربعة أنواع ، شروط انعقاد ، وشروط صحة ، وشروط نفاذ ، وشروط لزوم . وهذه الأنواع الأربعة ، مرتبة فى وجودها الشرعى ، على هذا النحو الذى ذكرنا ، فشروط الانعقاد أولا ، وهى أساس لما بعدها من الصحة والنفاذ واللزوم ، وشروط الصحة ثانياً ، وهى أساس لما بعدها من النفاذ واللزوم ، وشروط النفاذ ثالثا وهى أساس لما بعدها من اللزوم . واللزوم هو المرحلة الأخيرة — وعليه فكل عقد لازم لابد أن يكون نافذاً وصحيحاً ومنعقداً . وكل عقد نافذ لابد أن يكون صحيحاً ومنعقداً . وكل عقد صحيح لابد أن يكون منعقداً . وإليك بيان هذه الأنواع الأربعة من شروط الزواج :

١ — شروط الانعقاد :

شروط الانعقاد ، هى الشروط التى يلزم توفرها فى أركان العقد ، وهى : العاقد ، والمعقود عليه ، والصيغة ، بحيث لو تخلفت كل هذه الشروط ، أو بعضها ، كان العقد لا وجود له بالمرة ، ويسمى حينئذ باطلا .

= تبليغه — أما لو رفضت حال تلاوة الكتاب على الشهود ، ثم عادت وقرأته عليهم فى مجلس آخر وقبلت الزواج ، انعقد الزواج ، لأن الإيجاب يعتبر قادماً ما دام الكتاب موجوداً .

ثم إن شروط الانعقاد ، منها ما يرجع إلى العاقدين ، ومنها ما يرجع إلى المرأة المعقود عليها ، ومنها ما يرجع إلى نفس العقد .

فالشروط التي ترجع إلى العاقدين ، هي : —

١ — الأهلية الأصلية لمباشرة العقد — وذلك بأن يكون العاقد عاقلا ، مميزاً ، فإن كان مجنوناً ، أو صغيراً غير مميز ، لا يتحقق الانعقاد ، ويقع الزواج باطلا .

٢ — أن يسمع كل من العاقدين كلام الآخر ، ويفهم المراد منه ولو إجمالا . وبعبارة أشمل أن يفهم كل من العاقدين غرض الآخر ، ليدخل في ذلك ، العقد بالإشارة والكتابة .

والشروط التي ترجع إلى المرأة المعقود عليها : هي : —

١ — أن تكون محققة الأنوثة ، فالخنثى المشكل (١) ، لا يرد عليه عقد الزواج لعدم المحلية ، وإذا عقد عليه وقع العقد باطلا .

٢ — أن تكون المرأة المعقود عليها محلا أصلياً للعقد عليها بالمعنى العام ، أي بإجماع الفقهاء . وبعبارة أخرى ، ألا تكون محرمة تحريماً قطعياً لا شبهة فيه ، وذلك كالأم والأخت والعمة والخالة ، فمن عقد على واحدة من هؤلاء وقع العقد باطلا .

والشروط التي ترجع إلى نفس العقد ، هي : —

١ — اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، حقيقة ، أو حكما : ليتحقق

---

(١) الخنثى ، هو من فيه بعض مميزات الرجال ، وبعض مميزات النساء ، فإن غلبت عليه مميزات الرجال اعتبر رجلا ، وإن غلبت عليه مميزات النساء ، اعتبر أنثى ، وإن أشكل أمره فتعذر إلحاقه بواحد منهما سمي مشكلا .

الارتباط بينهما ، ويتكون العقد منهما . فإذا اختلف المجلس حقيقة ، بأن كان الإيجاب فى مجلس ، والقبول فى مجلس آخر ، أو حكما بأن كان الإيجاب فى مجلس ، والقبول فى نفس المجلس . ولكن تخلل بين الإيجاب والقبول عمل أجنبى عن موضوع العقد ، ولم يكن هناك ارتباط بين الإيجاب والقبول ، وبالتالى ، لم يكن هناك عقد أصلا ، وما وقع وقع باطلا . وينبغى أن يراعى العرف فيما يعد فاصلا ، وما لا يعد فاصلا .

٢ – موافقة القبول الإيجاب : بأن يتلاقيا فى مقصود واحد ، فإن تخالفا بأن كان الإيجاب فى ناحية ، والقبول فى ناحية أخرى ، لم يكن ثمة ارتباط وألغى العقد ، ووقع باطلا . فمثال موافقة القبول الإيجاب : أن يقول رجل لامرأة تزوجتك على مهر قدره مائة دينار ، فتقول له قبلت – ومثال ماخالف فيه القبول الإيجاب : أن يقول رجل لامرأة ، تزوجتك على مهر قدره مائة دينار ، فتقول المرأة ، قبلت على مهر قدره مائتان . أو أن يقول رجل لآخر زوجت ابنتى فاطمة ، من ابنك محمد ، على مهر قدره مائة ، فيقول الآخر ، قبلت زواج ابنتك عائشة ، من ابنى على ، على مهر قدره خمسون ، أو قبلت زواج ابنتك فاطمة ، من ابنى على ، على مهر قدره خمسون ، أو قبلت زواج ابنتك فاطمة ، من ابنى محمد ، على مهر قدره خمسون ، فالمخالفة متحققة سواء أكانت فى كل أجزاء العقد ، أم فى بعض أجزائه .

وليس من المخالفة المانعة من الانعقاد ، أن يقول رجل لامرأة تزوجتك على مائة ، فتقول له قبلت على خمسين ، أو أن تقول المرأة تزوجتك على مائة ، فيقول لها قبلت على مائتين ، لأن المخالفة هنا صورية ، وليست حقيقية ، لأنه فى الصورة الأولى ، حطت المرأة من مهرها خمسين ، وبقى الاتفاق على الخمسين الثانية . وفى الصورة الثانية زاد الرجل فى المهر مائة ، وبقيت المائة الأولى

متفقاً عليها . غاية الأمر ، أن هذه المائة التى زادها الرجل ، تلحق بالمهر وتلزمه لو قبلت المرأة الزيادة فى نفس المجلس ، كما ستعرف ذلك عند الكلام عن المهر .

٣ — عدم رجوع الموجب عن الإيجاب قبل القبول : لأن الرجوع عن الإيجاب قبل الموافقة يبطله ، فإذا ورد القبول بعد ذلك ، ورد على غير شىء ، فيقع الإيجاب لغواً ، ويكون العقد باطلا .

٤ — أن تكون الصيغة صيغه تنجيز : فإن كان فى صيغة العقد ما يفيد تعليق الزواج على أمر ، أو إضافته إلى زمن مستقبل ، لا ينعقد ويقع باطلا ، والسر فى بطلانه أن جاء على هذه الصورة ، أن عقود التمليك ، يقصد ، منها التمليك فى الحال ، والتعليق على أمر مستقبل ، أو الإضافة إلى زمن مستقبل ، يفوت هذا القصد . والزواج عقد يفيد ملك المتعة فى الحال، فتعليقه على المستقبل ، أو إضافته للمستقبل تبطله .

وهنا يجدر بنا أن نتكلم عن أنواع العقد ، باعتبار صيغته ، من ناحية إطلاقها وتقييدها ، وعن حكم كل نوع منها ، فنقول :

أنواع العقد باعتبار إطلاق الصيغة وتقييدها

عقد الزواج يتنوع باعتبار إطلاق الصيغة وتقييدها إلى أربعة ، أنواع ، وهى :

النوع الأول : عقد منجز ، وهو ما صدرت صيغة الزواج فيه مطلقة غير مضافة إلى زمن مستقبل ، ولا مقيدة بشرط ، وذلك كأن يقول رجل لامرأة ، تزوجتك على مهر قدره مائة دينار ، فقالت قبلت وحكمه أنه يقع صحيحاً إن توفرت فيه شروط الصحة .

النوع الثانى : عقد مضاف إلى زمن مستقبل ، كأن يقول رجل لامرأة

تزوجتك أول الشهر المقبل ، أو بعد سنة ، فقالت قبلت ، وحكمه أنه لا ينعقد فى الحال ، ولا عند حلول الوقت المضاف إليه .

النوع الثالث : عقد معلق على شرط . وفيه التفصيل الآتى : —

إن كان العقد معلقاً على شرط معدوم فى الحال ، لكنه محقق الوقوع كقوله ، تزوجتك إن جاء الربيع ، فقالت قبلت . أو محتمل الوقوع ، كقوله تزوجتك إن نجحت فى الامتحان آخر هذه السنة ، فقالت قبلت . أو مستحيل الوقوع ، كقوله تزوجتك إن أحصيت نجوم السماء ، أو إن تصدقت على كل فقير فى العالم ، فقالت قبلت . فالعقد باطل غير منعقد لا فى الحال ، ولا عند تحقق الشرط الممكن .

وإن كان العقد معلقاً على شرط موجود فى الحال ، كقوله تزوجتك إن كنت ناجحة فى امتحان السنة الماضية ، فقالت قبلت ، وكانت ناجحة بالفعل ، أو كان معلقاً على شرط يمكن تحقيقه فى الحال ، كأن يقول لها ، تزوجتك إن رضى أبوك ، فقالت قبلت ، وقال أبوها فى المجلس رضيت ، انعقد الزواج ، وصح إن توفرت فيه شروط الصحة ، لأن التعليق هنا صورى فقط .

النوع الرابع : العقد المقرون بشرط ، وهو ما صدرت فيه صيغة العقد مطلقة عن الإضافة للمستقبل ، أو التعليق على شرط ، لكنها قرنت بشرط ، فإن كان الشرط يقتضيه العقد ، كاشتراط المرأة فى عقد الزواج اتفاق الزوج عليها . أو يلائم العقد ، كاشتراطها أخذ كفيل بمهرها ، أو كان الشرط قد ورد به الشرع ، كاشتراط الزوج تطليقها متى شاء . أو جرى عليه العرف ، كاشتراط المرأة تعجيل بعض المهر ، انعقد الزواج ، وصح الشرط ، ولزم الوفاء به ، لقوله عليه الصلاة والسلام « إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » .

وإن كان الشرط لا يقتضيه العقد ، كاشتراط الزوج أن تنفق المرأة على نفسها . أو كان لا يلائم العقد ، كاشتراط المرأة أن يطلق ضرتها أو كان مخالفاً للشرع ، كاشتراط التوارث بين الزوج المسلم والزوجة الكتابية ، انعقد الزواج ، وبطل الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل . وإن كان مائة شرط » ولقوله « المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا » .

وإن كان الشرط لم يرد فيه أمر ولا نهى . أو بعبارة أخرى لا ينافى العقد ، ولا يقتضيه العقد ، بل هو أمر خارج عن معنى العقد وملابساته الشرعية ، كاشتراط الزوجة على الزوج ألا يسافر بها ، أو لا يتزوج عليها ، فمذهب الجمهور أن الشرط لا يلزم الوفاء به ، والعقد صحيح لا غبار عليه ومذهب الحنابلة أن الشرط لازم يجب الوفاء به ، بل وقالوا ، إن الشرط مادام صحيحاً ، وفيه مصلحة للمرأة ، فلها خيار الفسخ إن لم يوف لها ما اشترطت ، لأنها لم ترض بالزواج إلا على أساس الوفاء بالشرط .

وهنا ينبغى دفعاً للإلباس ، أن نفرق بين العقد المقرون بشرط ، والعقد المعلق على شرط مستقبل . وهذا الفرق من ناحيتين :

الناحية الأولى : ناحية الصورة ، فالعقد المقترن بشرط يكون خالياً من أداة الشرط وهى إن وإذا وما فى معناهما ، والعقد المعلق على شرط ، يكون مقترناً بأداة الشرط .

الناحية الثانية : أن العقد المقترن بشرط يتحقق الإيجاب بمجرد التلفظ به ، والشرط يصاحبه فإذا ما وقع القبول تم العقد دون أن يكون للشرط دخل فيه ، لأنه ليس من أجزائه ولا من مقوماته ، وإنما هو أمر خارج زائد على صيغة العقد ـ أما العقد المعلق على شرط ، فالإيجاب فيه مربوط

تحققه بتحقق الشرط فلا وجود له قبل وجود الشرط ، فإذا جاء القبول بعد الإيجاب المعلق على الشرط المستقبل ، لم يصادف القبول محلا ، لعدم الإيجاب فى مجلس العقد .

٢ — شروط الصحة

شروط الصحة : هى الشروط التى إذا تحققت كان العقد صالحاً لترتب آثاره الشرعية عليه ، فإن تخلفت كلها أو بعضها ، كان العقد غير صالح لترتب آثاره عليه ، ويسمى حينئذ فاسداً (١) .

أولا : المحلية الفرعية : —

وهى ، أن تكون المرأة محلا للعقد ، عليها ، بالمعنى الخاص . أى أن محليتها الزواج ، ليست محل اجماع من الفقهاء ، لقيام شبهة فى دليل التحريم أدت إلى اختلافهم فى الحل والحرمة ، وهذه غير المحلية الأصلية ، التى جعلت شرطاً فى الانعقاد ، وذلك كالعقد على محرمة بدليل ظنى ، أو كان تحريمها مما يخفى

(١) الفرق بين الباطل والفاسد : الجمهور على أن الباطل والفاسد بمعنى واحد ولا فرق بينهما مطلقا لا فى العبادات ولا فى المعاملات — والأحناف يقولون ، الباطل والفاسد فى العبادات بمعنى واحد ، أما فى المعاملات فالباطل غير الفاسد ، وإن كان كلاهما غير صحيح . وفى الزواج اضطربت أقوالهم . فمنهم من يرى الباطل والفاسد بمعنى واحد ، فيقول الكمال بن الهمام (أن العقد الباطل والفاسد فى النكاح سواء) . ومنهم من يقول للباطل غير الفاسد ، فالباطل معدوم حقيقة للخلل الواقع فى أساس العقد لعدم توافر أركانه ، أو معدوم حكما لتخلف شرط أو أكثر من الشروط المعتبرة فى أساسه ، وعليه فلا يترتب على الباطل حكم مطلقا . وأما الفاسد فالعقد له وجود لعدم الخلل فى أساسه وإنما الخلل فى وصف زائد عن أركان العقد وما شرط فيها . ولولا الخلل فى الوصف لكان العقد صالحا لترتب آثاره عليه . وما قد يثبت من آثار كوجوب المهر فذلك نتيجة الدخول .

ويشتبه ، أو كان يخالف فيه بعض الفقهاء ، وذلك كتزوج الأمة على الحرة ، وتزوج أخت مطلقته قبل انقضاء عدتها . فالزواج فى مثل هاتين الصورتين ، فاسد بالنسبة لمن لا يرى الحل ، لانعدام المحلية الخاصة .

ثانياً — . الولى — يشترط لصحة عقد الزواج أن يتولاه ولى الزوجة كبيرة أو صغيرة ، عاقلة أو غير عاقلة ، فإن تولته هى أو وكيلها دون الولى ، وقع العقد فاسداً . وهذا الشرط عند المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، ومن وافقهم على أنه (لا نكاح إلا بولى) كما يروونه عند رسول الله صلى الله عليه وسلم .

أما الحنفية ، والجعفرية ، فلا يرون الولى شرطاً لزواج الكبيرة العاقلة لأنها أحق بنفسها ، أما الصغيرة وغير العاقلة ، فالولى يقوم عنهما فى تولى العقد ، لعدم أهليتها له .

ثالثاً : الشهادة — الشهادة فى عقد الزواج ، شرط حتمى لصحته عند جمهور العلماء ، بخلاف سائر العقود فإن الإشهاد عليها فى رأى جمهور العلماء ، أيضاً مندوب غير لازم .

وإنما امتاز عقد الزواج بضرورة الإشهاد عليه حتى يقع صحيحاً : — (١) لما له من خطر الشأن فى نظر الشارع (٢) ولما يترتب عليه من حقوق وآثار ، كوجوب النفقة ، وثبوت النسب (٣) ولما فى الشهادة من منع الشبهات ، ودفع الظنون (٤) ولأن الشهادة — بعد ذلك — فرق ما بين الحلال والحرام ، ولولاها ، لتستر أصحاب المقاصد الخبيثة بادعاء الزواج عندما تثبت عليهم المعاشرة غير البريئة ، ولذا ندب إعلان عقد الزواج ، وإشهاره بين الناس ، بالضرب عليه بالدفوف ، وجعله فى المساجد .

مذاهب الفقهاء فى وجوب الشهادة على عقد الزواج : —

ذهب الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، إلى أن الشهادة لابد منها لصحة عقد الزواج ، لما تقدم ، ولقوله عليه السلام (لا نكاح إلا بشهود) .

وذهب الإمام مالك - فى المشهور عنه - إلى أن الشهادة ليست شرطا فى صحة إنشاء العقد ، لأن القرآن لم يشترط الشهادة فى انعقاد الزواج ، ونصوص السنة الصحيحة ليست صريحة فى وجوب الشهادة بخصوصها - ويكفى لصحة إنشاء العقد مطلق الإعلان لقوله عليه الصلاة والسلام (أعلنوا النكاح ولو بالدفوف) . قال المالكية ، (لما كان حرام هذا الفعل وهو اتصال الرجل بالمرأة ، لا يكون إلا سراً . فالحلال لا يكون إلا بضده ، ويكفى فى ذلك مجرد الإعلان) أما الشهادة فهى مندوبة فقط عند العقد ، وواجبه قبل الدخول ، فإن وجدت الشهادة حال إنشاء العقد ، فقد حصل الواجب والمندوب ، وإن وجدت بعد تمام العقد وقبل الدخول ، حصل الواجب وفات المندوب .

وذهب الجعفرية والظاهرية ، إلى أنه لا تشتهر الشهادة لصحة عقد الزواج مطلقاً ، لأن القرآن لم ينبه عليها عند الكلام عن النكاح مطلقاً ؛ مع أنه نبه عليها فيما هو أقل خطراً من الزوج ، وهو عقد البيع ، وعقد المداينة . قالوا والأحاديث الواردة فى الشهادة محمولة على الندب ، أو على الإشهاد لإثباته عند القاضى ، لو وقع التجاحد .

ما يشترط فى الشهود : —

يشترط فى الشهود على عقد الزواج - عند من يرى الشهادة واجبة - ما يأتى :

(١) الحرية خلافاً لابن حنبل (٢) البلوغ (٣) العقل أن يكونا رجلين ، أو رجلا وامرأتين ، وقال الشافعية والحنابلة لابد من رجلين - ولا يصح شهادة النساء وحدهن باتفاق مهما بلغ عددهن (٥) الإسلام إن كان كل

من الزوجين مسلماً ، أما إن كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية ، فقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، يجوز أن يكون الشاهدان كتابيين ، لأن الناحية الغالبة فى الشهادة ، أنها شهادة على الزوجة ، فيراعى حالها . وقال محمد وزفر والشافعى وأحمد ، لا يجوز شهادة غير المسلمين ، لأن الشهادة على الزوج والزوجة معاً ، والزوج مسلم ، والشهادة ولاية ، ولا ولاية لغير مسلم على مسلم — (٦) سماع الشهود كلام المتعاقدين فى وقت واحد ، وفهمهما المراد منه .

هذا . وليس الغرض من الإشهاد على الزواج هو إثباته بهذه الشهادة لدى القاضى عند التجاحد ، بل الغرض ، إعلان الزواج ، وتكريمه ، ولهذا لا يشترط فى الشهود العدالة عند الحنفية لأن الإعلان يتحقق بحضور الفسقة ، ولأن الفاسق أهل لأن يزوج نفسه ومن فى ولايته ، فأولى أن يشهد على الزواج ، وقد اشترط الشافعية والحنابلة العدالة الظاهرة ، أى كون الشهود مستورى الحال ، لما ثبت عندهم من قوله عليه الصلاة والسلام (لا نكاح إلا بولى مرشد ، وشاهدى عدل) ، ولأن الشهادة فى الزواج لقصد إظهار كرامة العقد ، والفاسق ليس من أهل الكرامة .

كما لا يشترط أن يكون الشهود بمعزل عن التهمة ، تهمة المحاباة . أو تهمة العداوة ، فيجوز أن يشهد على العقد ابنا الزوجة ، أو ابنا الزوج ، أو ابناهما معاً ـ كما يجوز أن يشهد على العقد عدوا الزوجين ، أو عدوا أحدهما .

ومما ينبغى أن يلتفت إليه أنه فى بعض الحالات قد يظن أن عقد الزواج يصح بحضور شاهد واحد ، وهذا غير صحيح ، لأنه بإمعان النظر يتضح حضور شاهدين لا شاهد واحد ، كما يتوهم . مثال ذلك ، أن يعقد الأب لابنته البالغة العاقلة على رجل بحضورها وحضور شاهد واحد ، فهنا يعتبر

الأب هو الشاهد الثانى ، لأنه ما دام قد وجد الأصل ، وهو البنت حال العقد ، فتعتبر هى العاقدة ، والأب سفير ومعبر فقط — والقاعدة العامة فى مثل هذه المسألة ، أنه متى كان الأصل فى العقد حاضراً ، ويمكن أن يباشر العقد بنفسه ، اعتبر هو العاقد حكما ، ويعتبر الولى أو الوكيل شاهداً . ولذا لو كانت البنت فى المثال السابق صغيرة لا يصح العقد لوجود شاهد واحد فقط .

رابعاً — أن يكون عقد الزواج على جهة التأبيد ، لا على جهة التأقيت ، فإذا وقت الزواج بمدة طويلة أو قصيرة ، معينة أو غير معينة ، كان العقد فاسداً ، لأنه بالتأقيت يفوت المقصود الأصلى من الزواج ، وهو الاستقرار ودوام العشرة ، من أجل التناسل ، وتربية الأولاد . وعلى هذا فلا يصح الزواج المؤقت ، ولا نكاح المتعة . وإليك بيان كل منهما ، وحكمه ، والفرق بينهما .

النكاح المؤقت : —

هو ما يكون إنشاؤه بلفظ من الألفاظ التى تستعمل فى عقد الزواج كلفظ التزويج أو الإنكاح ، مع وجود الشهود ، واقتران الصيغة بما يدل على التأقيت ، كأن يقول رجل لامرأة بحضر من الشهود تزوجتك لمدة شهر ، أو سنة ، أو مدة إقامتى فى هذا البلد ، وتقول المرأة قبلت ، وحكم هذا العقد أنه فاسد لما تقدم . خلافاً لزفر فإنه يقول بصحة العقد ، وبطلان التأقيت ، لأنه يعتبره عقداً مشروطاً بشرط فاسد ، والنكاح — كما سبق — لا يبطل بالشروط الفاسدة .

نكاح المتعة : —

هو ما كان إنشاء العقد فيه بمادة التمتع وما يتفرع منها ، لأجل محدد ،

وبدون شهود فالفرق بينه وبين النكاح المؤقت من ثلاث نواح (١)

١ — النكاح المؤقت صيغته من مادة الزواج أو الإنكاح أو ما فى معناهما ونكاح المتعة صيغته من مادة التمتع وحدها ، أو من مادة الزواج أو النكاح المقيد بالتمتع كقوله أتزوجك متعة .

٢ — النكاح المؤقت مشروط فيه الإشهاد ، ونكاح المتعة لا يشترط فيه الإشهاد (٢) .

٣ — النكاح المؤقت لا يشترط فيه تعيين المدة . ونكاح المتعة لابد فيه من تعيين المدة على الصحيح (٣) .

---

(١) يرى بعض الفقهاء كالكمال بن الهمام أن الفرق بين النكاح المؤقت ونكاح المتعة صورى ، والحقيقة أنهما فى معنى واحد وينتهيان إلى حكم واحد ، وهو عدم الحل .

(٢) عرفنا أن الجعفرية لا يشترطون الشهادة فى النكاح على أية صورة ، فالفرق هنا بالنسبة لمذهب زفر .

(٣) فى شرح الأحكام الشرعية المرحوم محمد زيد الإبيانى ج١ ص٢٩ وفى الأحوال الشخصية للدكتور محمد يوسف موسى ص ١١٥ — ١١٦ تصريح بأن النكاح المؤقت لابد فيه من تعيين المدة ، وفى نكاح المتعة لايشترط تعيينها ، وقد تابعا فى ذلك ابن عابدين حيث يقول فى ص٣ ج ٢ (والذى يظهر . . عدم اشتراط الشهود فى المتعة وتعيين المدة ، وفى المؤقت الشهود وتعينها) . والذى نراه هو ماذكرنا من عدم التعيين فى المؤقت لأن المراد منه ماليس مؤبداً وهذا صادق بالمدة المعينة وغير المعينة . أما نكاح المتعة فإنه لأجل مقابل بأجر فلابد من تعيين المدة وما يقابلها من الأجر لأن الأجر يدور مع المدة قلة وكثرة . وفى كتاب (من لايحضره الفقيه) ج ٣ ص٤٣٠ مايشهد لذلك حيث يقول(إذا تزوج امرأة متعة شهر بشىء مسمى ولم تف له بالمدة حبس عنها من صداقها ما يقابل ذلك) وفى المرجع نفسه ص ٤٣١ (يقول إذا انقضى الأجل كانت فرقة بغير طلاق . فإن شاء أن يزيد فلابد أن يصدقها شيئاً قل أو كثر) ، وهذا معناه دوران الأجرة مع المدة ، فلابد من تعيينهما . =

مذاهب الفقهاء فى نكاح المتعة :—

يرى الجعفرية أن نكاح المتعة ، صحيح جائز ، بل يجعلونه من القرب التى يبتغى بها وجه الله ، ويذكرون فى ذلك روايات كثيرة - يروى أبو جعفر القمى — وهو من أئمة الجعفرية — فى كتابه — من لا يحضره الفقيه) ج ٣ ص ٤٣١ ، عن صالح بن عقبة ، عن أبيه ، عن أبى جعفر قال (قلت له — لأبى جعفر — للمتمتع ثواب ؟ قال : إن كان يريد بذلك وجه الله تعالى ، وخلافاً على من أنكرها ، لم يكلمها كلمة إلا كتب الله له بها حسنة ، ولم يمد يده إليها إلا كتب الله له ألف حسنة ، فإذا دنا منها ، غفر الله عز وجل له بذلك ذنباً ، فإن اغتسل ، غفر الله له بقدر ما مر من الماء على شعره ، قلت بعدد الشعر ؟ قال نعم ، بعدد الشعر) .

وفى نفس المرجع السابق قال : وقال أبو جعفر (أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أسرى به إلى السماء قال : لحقنى جبريل عليه السلام فقال ، يا محمد ، إن الله تبارك وتعالى يقول ، إنى غفرت للمستمتعين من أمتك من النساء) .

وفى ص ٤٣٢ من المرجع السابق يقول : وروى ، (أن المؤمن لا يكمل إيمانه حتى يتمتع) — وغير هذا كثير من الروايات التى يروونها فى فضل نكاح المتعة .

= وأصرح مما تقدم ما ذكره الطوسى فى (مسائل الخلاف) ج ٢ ص ٧٢ حيث يقول (إذا لم تذكر المدة كان النكاح دائماً ، وإن ذكر مدة مجهولة لم يصح على الصحيح من المذهب) . وذكر فى كتابه الاستبصار ج٣ ص ١٥١ عن أبى عبد الله أنه قال لمن سأله عن تحديد المدة فى المتعة (إنك إن لم تشترط - يريد أياماً معلومة - كان تزويج مقام) . ونقل فى نفس المرجع والموضع عن الرضا أنه قال لمن سأله عن متعة سنة وأقل وأكثر (إذا كان بشىء معلوم إلى أجل معلوم) — هذا كلام عالمين كبيرين من شيوخ الشيعة الجعفرية . (ورب البيت أدرى بما فى البيت) .

أدلة الجعفرية على جواز نكاح المتعة :

استدل الجعفرية على ما ذهبوا إليه ، بأدلة كثيرة : منها قوله تعالى فى سورة النساء « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » . قالوا وهذا مما قد طاب له منهن ـ وبقوله فى السورة نفسها « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » . قالوا وهذا مما قد ابتغاه بماله . وبقوله فى السورة نفسها « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » . قالوا ولفظ الاستمتاع إذا أطلق لا يفيد إلا نكاح المتعة ، وفى قراءة ابن عباس وابن مسعود « فما استمتعتم به منهن إلى أجل مسمى . . . » وهذا نص ، ولفظ الأجور يؤيد إرادة المتعة ، لأن الأجر غير المهر الواجب فى الزواج المؤبد .

قالوا ، ولا خلاف أنها كانت مباحة ، فمن ادعى نسخها فعليه الدلالة . قالوا ، وقد مات النبي صلى الله عليه وسلم والناس يتعاطون نكاح المتعة ، وبقى ذلك إلى عهد عمر ، وممن كان يرى جوازها ، ابن عباس رضى الله عنه وكثير من الصحابة .

قالوا ، وما ورد من الأخبار فى تحريمها ، فكلها أخبار آحاد ، وفيها مع ذلك الاضطراب(١) .

آثار نكاح المتعة عند الجعفرية :

١ — تثبت به حرمة المصاهرة .

٢ — لا تثبت به نفقة .

٣ — لا يثبت به توارث بين الزوجين ولو مات أحدهما فى مدة المتعة إلا إذا اشترط(٢) .

---

(١) انظر مسائل الخلاف لأبى جعفر الطوسى ج ٢ ص ٧٢ .

(٢) الاستبصار للطوسى ج ٣ ص ١٤٩ .

٤ — تجب العدة بعد الافتراق . وعدتها عدة الأمة ، شهر ونصف ، إن كانت عدتها بالأشهر ، وحيضتان إن كانت ذات حيض ، وإن مات عنها فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام(١) .

٥ — قيل لا يثبت به نسب إلا إن اشترط هذا الرجل والمرأة ، وإن لم يتفقا على إلحاق الولد بأبيه فليس له حق طلبه(٢) . والصحيح أنه يثبت به النسب وإن نفاه لا يلاعن .

٦ — ليس فى نكاح المتعة عدد محدود بل له أن يتمتع بأى عدد من النساء ، سئل أبو عبد الله عن المتعة أهى من الأربع ، قال لا ، ولا من السبعين ، وقال . . هى كبعض إمائك(٣) ، وعنه : تزوج منهن ألفا فإنهن مستأجرات(٤) .

رأى الجمهور فى نكاح المتعة :

ذهب جمهور العلماء ـ عدا الجعفرية ـ إلى أن نكاح المتعة باطل ، وما كان منه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كان للضرورة القاهرة فى بعض الغزوات ، حيث اشتدت بهم العزوبة فى الغربة لبعدهم عن نسائهم ، ثم نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ونسخها . فقد ثبت عنه أنه أحلها ثم نسخها عام خيبر ، ثم أحلها عام أوطاس عند فتح مكة . ثم نسخها بعد الفتح ، روى أحمد ومسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس بعد فتح مكة فقال :

---

(١) من لا يحضره الفقيه جـ ٣ ص ٤٣١ .
(٢) المرجع السابق جـ ٣ ص ٤٣٠ .
(٣) من لا يحضره الفقيه جـ ٣ ص ٤٣٠ .
(٤) الاستبصار جـ ٣ ص ١٤٧ .

« يا أيها الناس ، إنى كنت قد أذنت لكم فى الاستمتاع من النساء ، وأن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شىء فليخل سبيله ، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا » . ثم أكد النبى هذا النهى فى حجة الوداع ، كما روى ذلك أحمد وأبو داود رضى الله عنهما .

وقد أجاب الجمهور عن الآيات الثلاث التى استند إليها الجعفرية بأنها كلها فى الزواج المؤبد ، كما يشهد بذلك السياق والسباق ، فسياقها وما سبقها من آيات بل وما لحقها كله فى شأن الزواج الشرعى المعروف .

وأما لفظ الاستمتاع فلا يدل على المتعة ، بل المراد منه التمتع الحاصل بالدخول بالزوجة الدائمة . والتعبير بالأجور ليس دليلا ولا شاهداً عليها ، لأن القرآن عبر بالأجور عن المهور فى هذا الموضع ، وفى مواضع أخرى من القرآن حيث يقول فى شأن التزوج من الإماء « فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف » ، وقال فى شأن الزواج من الكتابيات « . . . والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن » وقال مخاطباً نبيه « يا أيها النبى إنا أحللنا أزواجك اللاتى آتيت أجورهن » .

وأما ما نسب إلى ابن عباس وابن مسعود من زيادة « إلى أجل مسمى » ، فهذه الزيادة رواية آحاد لا تثبت بها قرآنية ، لأن القرآن لا يثبت إلا بالتواتر .

وأما إن بعض الصحابة كان يرى جوازها بعد وفاة الرسول ، فهذا محمول على من لم يبلغه النسخ ، فلما بلغه النسخ رجع إلى رأى الجمهور . فإن ابن عباس وهو أشهر من عرف من الصحابة بإباحة المتعة ، كان يرى أنها لا تباح إلا فى حالة الضرورة الملجئة التى يخشى معها الوقوع فى الزنى ، ثم رجع عن رأيه إلى ما أجمع عليه الأئمة من الصحابة ، فقد روى الترمذى عنه أنه قال : « إنما كانت المتعة فى أول الإسلام ، كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة ،

فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه مقيم ، فتحفظ له متاعه ، وتصلح له شأنه ، حتى نزلت الآية « إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » قال ابن عباس فكل فرج سواهما فهو حرام .

وقد ثبت عن على رضى الله عنه ، أنه قال « لا أعلم أحداً تمتع وهو محصن إلا رجمته بالحجارة » . وانه قال لابن عباس قبل رجوعه عنها « إنك تائه ، إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء » .

وأما قول الجعفرية ، أنها أخبار آحاد ، لا تقوى على نسخ ما ثبت بالقرآن ، فغير مسلم حتى يثبت ـ أولا ـ أن المتعة هى المقصودة من آية النساء ، ولم يثبت ذلك . على أن الإجماع قام على حرمة المتعة بعد رجوع من رجع من الصحابة عن رأيه إلى القول بتحريمها ، والإجماع حجة كافية .

وأما دعوى الاضطراب فى الروايات المصرحة بالنسخ ، فليست مسلمة ، لأن هذا ليس اضطراباً ، وإنما هو روايات متعددة ذكرت حالات النسخ المتعددة ، ولو كان النسخ وقع مرة واحدة واختلفت الروايات فى عدد مرات النسخ وتحديد وقته لصحت دعوى الاضطراب .

لهذا ، نرى الحق فى جانب الجمهور ، ونرى أن الواجب سد باب المتعة بالمرة لأن بعض المستبيحين لها قد توسعوا فيها ، وتهاونوا فى التحرى عن حقيقة المتمتع بها ، ومبلغ صلاحيتها لهذا اللون من النكاح ، كما تهاونوا فى الآثار المترتبة عليها من انقضاء العدة ، وثبوت النسب إن كان هناك ولد يراد إلحاقه بأبيه . ويظهر أن التهاون ، وعدم التحرى فى نكاح المتعة ، ليس بالشىء الجديد ، بل هو قديم من زمن أئمة الجعفرية عليهم رضوان الله ، يشهد لذلك ما روى عن أبى جعفر من أنه سئل عن المتعة ، فقال « إن المتعة

اليوم ليست كما كانت قبل اليوم إنهن كن يؤمن يومئذ ، فاليوم لا يؤمن فاسألوا عنهن(١) .

٢ — شروط النفاذ :

شروط نفاذ الزواج : هى الشروط التى إذا تحققت ، ترتب عليها أثر العقد بالفعل كحل الدخول بالزوجة ، ووجوب المهر . ويسمى العقد حينئذ نافذاً ، أما إن تخلفت هذه الشروط كلا أو بعضا ، فالعقد موقوف لا تترتب عليه آثاره ، وهذه الشروط هى :

أولا : أن يكون كل من الزوجين كامل الأهلية إذا باشر العقد بنفسه أو وكل به غيره . وتمام الأهلية بالحرية والبلوغ ، والعقل التام . فإن تولى العقد أو وكل به ، الحر ، البالغ ، التام العقل ، وقع نافذا ، وإن تولاه ، أو وكل به العبد أو الصغير المميز ، أو المعتوه وقع موقوفاً على إجازة الولى .

ثانياً : أن يكون كل من العاقدين ذا صفة شرعية فى تولى العقد ، كأن يكون أصيلا ، أو ولياً ، أو وكيلا . فإن تولاه واحد من هؤلاء ، وقع نافذا ، وإن تولاه أجنبى فضولى ليس له من الصفة الشرعية ما تخول له تولى العقد، كان موقوفاً على إجازة صاحب الشأن .

٤ — شروط اللزوم :

شروط اللزوم : هى الشروط التى إذا تحققت كلها ثبت الزواج دون أن يكون لأحد الحق فى فسخه . فإن تخلفت هذه الشروط كلا أو بعضاً كان العقد غير لازم . وكان لصاحب الشأن حق طلب الفسخ . وهذه الشروط هى :

---

(١) من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص٤٢٩

أولا — أن يكون الزوج كفئاً للزوجة إن زوجت نفسها وهى كاملة الأهلية فإن تحققت الكفاءة لزم الزواج، وإن لم تتحقق الكفاءة ، فللأولياء العصبة حق الاعتراض ورفع الأمر إلى القاضى لفسخ العقد (١) — وسر هذا أن الأولياء يلحقهم عار بزواجها من غير كفء . والكفاءة - كما سيأتى - حق الزوجة والأولياء فإن أسقطت حقها بقى حقهم .

وقال الجعفرية: رضا المرأة بغير كفء، كاف فى لزوم العقد،ولا يتوقف على رضا الأولياء لأن الكفاءة عندهم حق الزوجة وحدها .

ثانياً — أن يكون المهر مهر المثل إن زوجت البالغة العاقلة نفسها ، فإن كان أقل من مهر مثلها ، (٢) لا يلزم العقد الأولياء من العصبة ، فلهم حق الاعتراض ، فإن زاد الزوج المهر إلى مهر المثل لزم العقد ، وإلا طلبوا من القاضى الفسخ ، وذلك لأن فى الزواج بأقل من مهر المثل ، معرة تلحق الأولياء ، وإسقاط المرأة حقها لا يلزم الأولياء ، لأن لهم حقاً فى ذلك أيضاً (٣) .

---

(١) روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أن المرأة إن زوجت نفسها من غير كفء لم يصح العقد من أول الأمر . وهذا هو الراجح عند الحنفية لأنه كم من واقع، لا يرتفع وليس كل ولى يحسن المرافعة ،ولا كل قاض يعدل ولو أحسن الولى الخصومة وعدل القاضى فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعاً له . انظر فتح القدير ج ٢ ص ٣٩١ .

(٢) النقصان القليل لا يلتفت إليه ، وإنما الكلام بالنسبة للنقصان الفاحش .

(٣) حق طلب الفسخ للأولياء عند عدم الكفاءة أو فى حالة نقصان المهر ثابت ما لم يكن منهم سكوت إلى أن تلد الزوجة أو يظهر عليها الحمل ، محافظة على الولد .

وقال الجعفرية : رضا المرأة بأقل من مهر مثلها ، كاف فى لزوم العقد ، ولا يتوقف على رضا الأولياء ، لأن المهر حق الزوجة وحدها .

ثالثاً : أن يكون الولى هو الأب أو الجد المعروفان بحسن التصرف ، بالنسبة لزواج الصغير أو الصغيرة ، أو من به جنون أو عته ، فإذا عقد الأب أو الجد لواحد من هؤلاء كان العقد لازماً ، ولو كان الزواج من غير كفء أو بأقل من مهر المثل ، ولو بلغ الصغير أو عقل المجنون ، فلا حق لهما فى الفسخ ، لأن الشأن فى الأب والجد المعروفين بحسن التصرف أن ينظرا فى مصلحة الصغير أو المجنون ، وتساهلهما فى الكفاءة أو المهر لا يكون ـ فى الغالب ـ إلا من أجل مصلحة فوق الكفاءة والمهر (١) وقد ألحق أبو يوسف ، غير الأب والجد من الأولياء العصبة . بالأب والجد ، بالنسبة لتزويج الصغير أو الصغيرة .

وذهب الجعفرية إلى أن الأب أو الجد لو زوجا الصغيرة أو المجنونة من غير كفء ، أو بأقل من مهر المثل ، فلها بعد البلوغ أو الإفاقه حق الفسخ ، ولو عرف الأب والجد بحسن التصرف .

أما إذا تولى العقد الأب أو الجد المعروفان بسوء التصرف أو ولى غير الأب والجد فالعقد غير لازم ، باتفاق . فللصغير بعد البلوغ ، والمجنون بعد الإفاقة ، حق فسخ العقد ، إن رأيا فى ذلك مصلحة تعود عليهما .

رابعاً : إن كان المزوج للأمة هو السيد ، فشرط لزوم العقد بقاؤها مملوكة ، فإن عتقت ثبت لها حق الفسخ دون الرجوع إلى القاضى ، والأصل فى ذلك حديث بريرة ، وفيه أن الرسول خيرها بعد عتقها ، بين الإبقاء على الزوجية ، وفسخها ، فاختارت الفسخ .

---

(١) وكذلك الحكم لو زوج الابن أمه غير العاقلة بأقل من مهر أو من غير كفء .

هذا بالنسبة للأمة ، فإن كان المملوك عبداً زوجه سيده ثم عتق ، فليس له حق الفسخ ، لأنه يملك التخلص من الزوجية بالطلاق ، أما الأمة. فلا تملك الطلاق ، فكان لها حق الفسخ .

خامساً : أن يكون عقد الزواج خالياً من التغرير ، فمن ادعى نسباً معيناً فتم الزواج على أساسه ، ثم اتضح أن نسبه دون ما ادعى فللمرأة ولأوليائها حق الفسخ بطلب من القاضى ولو كان نسبه الحقيقى لا يفوت الكفاءة على الصحيح — ويمكن أن يدخل فى التغرير ، كل مايترتب عليه ضرر مادى ، أو أدبى ، يلحق المرأة — أما تغرير المرأة بالرجل فلا يمنع لزوم العقد ، لأن الرجل يملك الطلاق فلا حاجة به إلى طلب الفسخ .

الفصل الثالث

فى : أقسام الزواج وحكم كل قسم

نقصد بأقسام الزواج ، أقسامه من حيث استيفائه شرائطه الشرعية ، أو عدم استيفائها . ونقصد بالحكم الأثر المترتب عليه شرعا ، كحل الدخول بالزوجة ، ووجوب المهر ، وغير ذلك من آثار عقد الزواج .

وبالرجوع إلى ما تقدم من الكلام على شروط الزواج المختلفة ، يمكن أن نحصر أقسام الزواج فيما يلى :

(١) الزواج الباطل (٢) الزواج الفاسد (٣) الزواج الموقوف (٤) الزواج النافذ غير اللازم (٥) الزواج اللازم — وإليك تعريف كل قسم وبيان حكمه :

١ — الزواج الباطل

تعريفه : —

الزواج الباطل : هو الذى حصل الخلل فى أركانه ، وذلك بفقد شرط أو أكثر من شروط الانعقاد ، كزواج فاقد الأهلية إذا باشر العقد بنفسه ، وزواج الكافر من المسلمة والأخ من أخته .

حكمه : —

الزواج الباطل لايترتب عليه أثر ما ، فوجوده كعدمه ، وعليه فلا يحل به دخول ، ولا يجب به مهر ، ولا تتقرر به نفقة ، ولا يرد عليه طلاق ، ولا يتخلف عنه عدة ، ولا يثبت به نسب ، ولا أى شىء من حقوق الزوجية وواجباتها وآثارها . وإذا حدث دخول بالمرأة فى هذا الزواج الباطل ، وجب عليهما أن يتفرقا فى الحال ، فإن لم يتفرقا ، يجب على كل من يعلم بالدخول أن يرفع الأمر إلى القاضى ، وعلى القاضى أن يفرق بينهما جبراً ، لأن الدخول معصية يجب رفعها .

بقى أن نقول : هل الدخول هنا يعتبر زنى ويجب فيه الحد أولا ؟ — قال الجعفرية هو زنى ، وعليه القتل إن كان المدخول بها محرما ، وإن كانت غير محرم حد(١) .

وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعى وابن حنبل ، إذا كان مرتكب معصية الدخول عاقلا ، عالما بالتحريم كان الدخول زنى ، ووجب إقامة الحد عليه .

وقال أبو حنيفة ، لايحد ، لأن العقد وإن كان باطلا إلا أن له صورة

---

(١) مسائل الخلاف جـ ٢ ص ١٧٥ .

العقود فأورث شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات . وقال أيضاً بوجوب مهر المثل للمرأة ، لأن كل وطء فى الإسلام لا يخلو عن عقر أو عقر — أى لا يخلو عن حد أو مهر — فإذا فات الحد للشبهة وجب المهر

ثم إنه يثبت بهذا الدخول حرمة المصاهرة عند من يثبت حرمة المصاهرة بالزنى ودواعيه فالحنفية . وسيأتى تفصيل ذلك فى فصل المحرمات من النساء .

٢ — الزواج الفاسد

تعريفه : —

الزواج الفاسد . هو الذى تمت أركانه بشرائطها ، ولكن تخلف فيه شرط أو أكثر من شروط الصحة ، كالزواج بلا شهود عند من يشترط الشهادة.

حكمه : —

أنه لا يحل به الدخول ، وإن دخل بها تفرقاً ، أو فرقهما القاضى جبراً ، ولا يترتب على العقد الفاسد وحده أى أثر من آثار الزوجية ، ولا تثبت به حرمة المصاهرة ، ولكن إن دخل بها دخولا حقيقياً ، ترتب على هذا الدخول الآثار الآتية :

١ — لا يقام حد الزنى اتفاقاً لوجود الشبهة .

٢ — وجوب مهر المثل عند عدم التسمية ، أو الأقل من المسمى ومن مهر المثل عند التسمية . وقال زفر : يجب مهر المثل على أى حال ، ولا عبرة بالمسمى لفساد التسمية تبعاً لفساد العقد .

٣ — تثبت به حرمة المصاهرة .

٤ — تجب به العدة وابتداؤها من وقت الافتراق — ويلاحظ أن تكون

العدة عدة طلاق ولو فى حالة الوفاة ، لأن عدة الوفاة تكون فى الزواج الصحيح دون غيره .

٥ — ثبوت النسب ، محافظة على الولد وعدم ضياعه .

٦ — عدم التوارث بين الزوجين عند موت أحدهما ، ولو قبل التفرق .

٣ — الزواج الموقوف

تعريفه : —

الزواج الموقوف : هو مااستوفى أركانه ، وتوفرت فيه شروط الانعقاد ، وشروط الصحة ، ولكن تخلف شرط أو أكثر من شروط النفاذ ، كتزويج الصغير المميز نفسه بدون إذن وليه .

حكمه : —

الزواج الموقوف ـ مع كونه صحيحاً ـ لا يترتب عليه أى أثر من آثار الزوجية إلا إذا أجازه من بيده الإجازة كالولى فى المثال السابق ، فإنه حينئذ يستتبع كل آثاره ، أما إذا لم يجزه وحصل الدخول بالفعل ترتب على هذا الدخول كل الآثار التى تترتب على الدخول فى الزواج الفاسد (١) . وإذا حصلت وفاة فى مدة وقف العقد لا يثبت به توارث.

---

(١) ينبغى أن يعلم أن الدخول بغير إذن الولى لا يبطل حقه فى إجازة العقد وعدم إجازته . فإن أجازه يعد الدخول معتبراً فى عقد صحيح نافذ ، لأن الإجازة اللاحقة تنسحب على العقد من وقت إنشائه فينقلب الموقوف نافذاً من المبدأ . وإن لم يجزه الولى كان ذلك إبطالا للعقد من المبدأ .

٤ ـ الزواج النافذ غير اللازم

تعريفه : —

الزواج النافذ غير اللازم : هو كل زواج استوفى شروط الانعقاد ، وشروط الصحة ، وشروط النفاذ ، مع قيام حق الاعتراض لغير العاقد على العقد ، وعدم التزامه به . وذلك كتزويج البالغة العاقلة نفسها بأقل من مهر مثلها . فللولى حق الاعتراض ، فإما أن يزيدها الزوج إلى مهر المثل أو يفسخ العقد .

حكمه : —

حكم هذا الزواج أنه تثبت به كل آثار الزوجية من إباحة الدخول ، ووجوب المهر وثبوت النسب ، والميراث ، وحرمة المصاهرة ، وكل حق لأحد الزوجين قبل الآخر (١) .

٥ ـ الزواج اللازم

تعريفه : —

الزواج اللازم : هو ما استوفى شروط الزواج النافذ على اختلافها ، وهو أعلى أقسام الزواج الخمسة .

حكمه :

حكم الزواج اللازم : هو حكم الزواج النافذ غير اللازم ، ولا فرق بينهما

---

(١) إذا وقع الفسخ قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة لا يجب شيء من المهر سواء أكان الفسخ من قبل الزوج أم من قبل الزوجة .

إلا من ناحية واحدة هى : أن اللازم ليس لأحد أن يعترض عليه ويطلب فسخه . أما غير اللازم فحق الاعتراض والمطالبة بالفسخ ثابت لمن أعطاه الشارع هذا الحق .

الفصل الرابع

فى : المحرمات من النساء

بينا فيما تقدم ، أن المرأة التى يراد الزواج بها ، لا بد أن تكون محلا لورود العقد عليها ، وفى هذا الفصل نبين المحرمات من النساء ، حتى نقف على من لا يصح العقد عليها منهن ، وبالتالى نقف على من يصح العقد عليهن ، وهن كل من سوى المحرمات ، فنقول :

المحرمات من النساء قسمان :

(الأول) محرمات على التأبيد ، على معنى أنه لا يحل الزواج أبداً بواحدة منهن لمن حرمت عليه ، لأن سبب التحريم دائم لا يزول .

(الثانى) محرمات على التأقيت ، على معنى أنه لا يحل الزواج بواحدة منهن لمن حرمت عليه ، ما دام سبب الحرمة قائماً ، فإن زال سبب الحرمة — وهو قابل للزوال لكونه وصفاً طارئاً — أصبح العقد عليها جائزاً لمن كانت محرمة عليه من قبل . وإليك تفصيل كل قسم :

القسم الأول ـ المحرمات على التأبيد

أسباب الحرمة المؤبدة ثلاثة : القرابة ، والمصاهرة ، والرضاع . وقد تنوعت المحرمات على التأبيد تبعاً لتنوع أسباب الحرمة إلى ثلاثة أنواع :

محرمات بسبب القرابة ، ومحرمات بسبب المصاهرة ، ومحرمات بسبب الرضاع .
ولنتكلم عن كل نوع من أنواع هذه المحرمات :

النوع الأول ـ المحرمات بسبب القرابة :

والمراد القرابة القريبة ، التي يعبر عن صاحبها بذى الرحم المحرم ، وهن أصناف أربعة :

(أ) أصول الرجل من النساء : وهن الأم ، والجدة لأب ، أو لأم وإن علت .

(ب) فروعه : وهن بناته ، وبنات أولاده الذكور والإناث وإن نزلن .

(ح) فروع أبويه : وهن أخواته ، شقيقات كن ، أو لأب ، أو لأم ، وكذا بنات الأخوة والأخوات وإن نزلن .

(د) فروع أجداده وجداته إذا انفصلن بدرجة واحدة : وهن العمات ، والخالات ، وكذا عمات أصوله ، وخالاتهم . أما إذا كان الانفصال بأكثر من درجة فلا حرمة ، وعن هـذا تحل بنات الأعمام والعمات ، وكذا بنات الأخوال والخالات وإن نزلن .

والمرجع فى تحريم هؤلاء ، قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت[1] .

وحكمة تحريم هؤلاء ، ما يأتى :

---

(١) جهة الدلالة فى الآية على حرمة من ذكرن يحتاج لشيء من التوضيح بالنسبة للبعض ، ومن أراد الوقوف على ذلك فليراجع كتب التفسير فى شرح هذه الآية ، وما ذكره الكاسانى فى البدائع حـ ٢ ص ٢٥٦ وما بعدها .

١ — الإنسان محتاج إلى إنشاء علاقات مع بنى نوعه ، والعلاقة بين الأقرباء موجودة ، فأولى أن يبحث عن علاقة جديدة تربط بين أسرتين ، فيحصل التعاون والتآزر والتناصر .

٢ — لا تقبل الفطر السليمة ، ولا تستسيغ بحال من الأحوال ، أن يفترش الابن أمه ، أو الأب ابنته ، أو الأخ أخته ، أو ابن الأخ عمته ، أو ابن الأخت خالته ، وهذا ملاحظ فى بعض الحيوانات العالية التى تطلب أليفها من غير بيتها ، لذا كانت شريعة الله متمشية مع الفطرة ، متلائمة مع الطبيعة ، حين حرمت هؤلاء جميعاً ، فى الديانة الإسلامية ، واليهودية ، والمسيحية .

٣ — أثبت العلم الحديث أن كل نسل يتوالد من سلالات ترجع إلى أصول متقاربة ، يكون فى الغالب ضعيفاً هزيلا ، وهذا ثابت بالتجارب التى أجريت على الحيوان ، والنبات ، كما أثبت أن كل نسل يتوالد من أصول متباعدة يكون فى الغالب فتياً قوياً . والإنسان فى تناسله خاضع لهذه النظرية العلمية ، يقوى نسله إن تزوج فى الغرباء ، ويضعف إن أصهر إلى الأقرباء . ونبى الإسلام قرر هذا من قديم ، ونطق به قبل أن ينطق به رجال العلم الحديث ، فقال عليه الصلاة والسلام « اغتربوا لا تضووا » أى تزوجوا فى الغرباء حتى لا تضعف أولادكم . وهذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول لبنى السائب ، وكانوا يتزوجون فيما بينهم « قد ضويتم فانكحوا فى الغرائب » . وقديماً قيل « بنات العم أصبر ، والغرائب أنجب » . والشاعر العربى يقول :

فتى لم تـــلده بنت عم قريبة   فيضوى ، وقد يضوى رديد(١) القرائب

---

(١) رديد القرائب . من يولد بينهم .

٤ — يدعو الشارع إلى صلة الرحم ، وتوثيق العلاقة بين الأقرباء ، وفى الزواج من المحرمات بسبب القرابة تعريض الرحم للقطيعة ، وتمزيق ما أمر الله به أن يوصل ، لأن فى الزواج حقوقاً وواجبات ، يترتب على تبادلها بين الزوجين فى كثير من الأحيان خلف وشقاق ، وقد قال الكاسانى فى بدائع الصنائع(١) « إن نكاح هؤلاء يفضى إلى قطع الرحم ، لأن النكاح لا يخلو عن مباسطات تجرى بين الزوجين عادة ، وبسببها تجرى الخشونة بينهما أحياناً ، وذلك يفضى إلى قطع الرحم ، فكان النكاح منهن سبباً لقطع الرحم ، مفضيا إليه ، والمفضى إلى الحرام حرام » .

وفوق ذلك ، قد تتنافى حقوق الزوجية مع حقوق القرابة ، وهذا ظاهر فى الأم لو تزوجها ابنها ، فعليه طاعتها لحق الأمومة ، وعليها طاعته لحق الزوجية ، وبهذا يصير من له الطاعة عليه الطاعة ، وفى هذا عكس الأوضاع ، وقلب الحقائق .

٥ — لو أبحنا الزواج من هؤلاء لكان مقتضى هذا أن نباعد بين الأقرباء ، ونحرم عليهم المخالطة حتى لا يتولد بينهم طمع الرجل فى المرأة ، فتكون المساوىء والمفاسد ، وفى تحريم لقاء الأب لابنته ، ومخالطة الأخ لأخته حرج أى حرج ، وتشديد لا تتحمله طاقة البشر ، لذا كان التحريم مؤبداً حتى تنقطع الأطماع ، وتفتر الرغبات ، ويتم اللقاء والخلطة ، دون مخافة العاقبة .

النوع الثانى — المحرمات بسبب المصاهرة :

وهن أصناف أربعة : ـ

(أ) زوجة الأب والجد ، وإن علا ، دخل بها أو لم يدخل .

---

(١) جـ ٢ ص ٢٥٧ .

(ب) زوجة الابن[1] وابن الابن ، وإن نزل ، دخل بها أو لم يدخل .

(ح) أم زوجته ، وجدتها ، وإن علت ، دخل بها أو لم يدخل[2] .

(د) بنت الزوجة (ويقال لها الربيبة) تحرم هي وبناتها ، وبنات أولادها ، ولكن بشرط أن يكون قد دخل بأمها ، فإن كان قد عقد عليها ثم فارقها أو ماتت قبل الدخول فلا مانع من زواجه بإحدى فروعها .

والمرجع فى تحريم هؤلاء جميعا نص القرآن ، فبالنسبة لتحريم زوجة الأب والجد قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا » . وبالنسبة لما سوى ذلك من المحرمات بسبب المصاهرة ، قوله عطفا على المحرمات من النساء « . . وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » . والحكمة فى تحريم هؤلاء ما يأتى :

١ — الإبقاء على علاقة القرابة ، لأنا لو أبحنا للابن أن يتزوج زوجة أحد أصوله بعد طلاقها ، أو أبحنا للأب أن يتزوج زوجة أحد فروعه بعد طلاقها ، لأدى ذلك إلى وجود عداوات ، وخصومات بين الآباء والأبناء ، لأن الوالد قد يرغب فى إعادة زوجته إليه فيجد الابن قد قطع عليه الطريق بزواجه منها ، وكذلك الابن قد يرغب فى إعادة زوجته إليه فيجد أباه أو جده قد قطع الطريق عليه بزواجه منها . وكذلك لو أبحنا للرجل أن

---

(١) المراد الابن الصلبي ، أما المتبنى فهو أجنبي ، تحل زوجته بعد فراقها وانقضاء عدتها لمن تبناه .

(٢) هذا مذهب جمهور الفقهاء ، وهناك من يشترط الدخول بالزوجة لتحريم أصولها على الزوج .

يتزوج من أصول زوجته ، أو من فروعها لأدى ذلك إلى وقوع عداوات بين الأصول والفروع .

٢ — لا يستغنى الولد عن مخالطة زوجة أبيه ، ولا الوالد عن مخالطة زوجة ابنه ، ولا تستغنى الأم عن مخالطة زوج ابنتها ، ولا البنت عن مخالطة زوج أمها ، ولولا التحريم المؤبد لتولد بين هؤلاء جميعا الطمع فى الصلات غير المشروعة ، نتيجة المخالطة الحتمية ، فكان التحريم على جهة التأبيد قاطعا لهذه الأطماع .

هذا — وقد يقول قائل ، ما بال القرآن اشترط الدخول بالأمهات لتحريم البنات ؟ واكتفى بالعقد على البنات لتحريم الأمهات ؟ وللجواب عن هذا نقول :

إن العادة جرت بأن الأم تؤثر بنتها على نفسها ، فإن طلقها الزوج قبل أن يدخل بها ، وفاتها أن تسعد به ، فقد تحول عنها إلى ابنتها ، وهذا يطفىء غيرتها ، ويذهب ألمها وحسرتها ، لأنها ترى فى سعادة ابنتها سعادة لها ، وكم استعذبت الأمهات الشقاء من أجل سعادة البنات .

أما البنت فليس من طبعها أن تؤثر أمها على نفسها ، فإن عقد الزوج عليها ثم طلقها وتزوج من أمها ثارت فى نفسها الغيرة ، وتولد فى قلبها الحقد على أمها التى سعدت على حساب شقائها ، وأقامت زوجيتها على أنقاض زوجيتها وهنائهـا .

أما بعد الدخول بالأم فالتحريم ثابت لأن الأم قد استوفت حظوظ الزواج ، فكانت بنتها — فى ضرورة المخالطة — كبنت الزوج ، فلا تحل له مراعاة لهذه الصلة . على أن التعليل العام للتحريم بسبب المصاهرة ، قوله عليه الصلاة والسلام « المصاهرة لحمة كلحمة النسب » .

هذا — وقد ألحق الفقهاء بالزوجة المعقود عليها عقداً صحيحاً فى حرمة المصاهرة ما يأتى :

١ — الموطوءة بملك اليمين .

٢ — المدخول بها بناء على عقد فاسد .

٣ — الموطوءة بشبهة ، كامرأة زفت لرجل على أنها زوجته ، ثم اتضح بعد الدخول بها أنها غير المعقود عليها .

٤ — المزنى بها ، ومن مست أو قبلت بشهوة ، عند الحنفية والجعفرية(١) والحنابلة ، وجماعة من الفقهاء الذين يرون أن مناط التحريم هو الوطء مطلقاً ، مشروعاً كان أو غير مشروع .

أما الشافعى فإنه لا يرى الزنى ، أو دواعيه مثبتاً لحرمة المصاهرة ، لأن الحرام لا يحرم الحلال ، ولأن حرمة المصاهرة نعمة تلحق الأجانب بالأقرباء ، فكيف تثبت بما هو محظور شرعاً .

ومن المحرمات على التأبيد عند الجعفرية من طلقت تسع تطليقات للعدة وتزوجت فيما بينها زوجين ، وهو رواية عن مالك .

---

(١) وفى رواية أخرى عند الجعفرية ، أن الزنى لاينشر الحرمة ، وذكر الطوسى فى مسائل الخلاف حـ ٢ ص ٦٦ أن أكثر الروايات على أن الزنى يتعلق به التحريم كالوطء المباح . وهم يرون أن الزنى المحرم هو السابق على العقد ، فلو زنى بامرأة حرم أن يتزوج من أصولها وفروعها . ولو كان متزوجاً من امرأة فزنى بأحد أصولها أو فروعها أو زنى بها أحد أصوله أو فروعه لا تحرم الزوجة عليه لأن الزنى الطارىء لا أثر له فى الزوجية القائمة بالفعل — الأحكام الجعفرية ص ٢٢ .

النوع الثالث ـ المحرمات بسبب الرضاع : ـ

يحرم من الرضاع كل ما يحرم من النسب (القرابة) والمصاهرة ، وعلى هذا فالمحرمات بسبب الرضاع أصناف ثمانية :

١ ـ الأم من الرضاعة ، وكذا الجدات وإن علون .

٢ ـ البنت من الرضاعة ، وكذا بنات الأولاد وإن نزلن .

٣ ـ فروع الأبوين ، وهن الأخوات من الرضاعة ، وكذا بنات الإخوة والأخوات وإن نزلن .

٤ ـ فروع الأجداد والجدات إذا انفصلن بدرجة واحدة ، وهن العمات والخالات من الرضاعة ، وكذا عمات وخالات الأبوين أو الأجداد والجدات .

٥ ـ أم الزوجة من الرضاعة ، وكذا جداتها ، وإن علون ، دخل بالزوجة أو لم يدخل .

٦ ـ بنت الزوجة من الرضاعة ، وبنات أولادها وإن نزلن بشرط الدخول بالزوجة .

٧ ـ زوجة الأب من الرضاعة ، وكذا زوجة الجد وإن علا .

٨ ـ زوجة الابن من الرضاعة ، وكذا زوجات أولاده وإن نزلن .

والمرجع فى تحريم هؤلاء قوله تعالى ، عطفا على المحرمات « . . وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » .

وقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » ، والإجماع على أنه ، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة (١) ،

---

(١) أقام جمهور العلماء أدلة واضحة على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة ولهم تخريجات فى الآية والحديث تتمشى مع هذا التعميم ، ولكن ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وقفا بالتحريم عند مورد النص فلم يقولا بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة . فراجع كتب التفسير فى الآية ، وراجع فتاوى بن تيمية وزاد المعاد لابن القيم لتقف على حجج الفريقين .

إلا أن هناك مسائل مستثناة من هذا العموم ، ووجه استثنائها أن المعنى الذى من أجله كان التحريم فى النسب أو المصاهرة ، ليس موجوداً فيها ، فمن هذه المسائل المستثناة ، أم الأخ رضاعا ، فإذا أرضعت امرأة صبيا ، وكان لها ابن من النسب جاز لهذا الابن من النسب أن يتزوج بأم الصبى الذى رضع من أمه لأن أم الأخ من النسب إما أم ، أو زوجة أب ، وهذا المعنى منتف فى أم الأخ رضاعا ، فلهذا كانت حلالا .

ومنها أخت ابنه رضاعا ، فإذا أرضعت امرأة ولدا ، ولهذا الولد أخت لم ترضع من تلك المرأة ، يجوز لزوج المرأة أن يتزوج أخت ذلك الولد الذى هو ابنه من الرضاع ، لأن أخت الابن من النسب أما ابنته ، أو بنت زوجته المدخول بها ، وهذا المعنى منتف فى أخت الابن رضاعا ، فلهذا كانت حلالا ، وقس على هاتين المسألتين .

وحكمة التحريم بسبب الرضاعة : أن الرضيع قد تغذى من لبن من أرضعته ، ولبنها من دمها ، وعليه نبت لحم الطفل ، ونشز عظمه ، فكان جزءا منها ، وكانت له كالأم نسباً ، فالأم غذته بدمها وهو جنين فى بطنها ، والمرضعة غذته بدمها وهو طفل فى حجرها ، وزوج المرضعة له دخل فى در لبنها ، فكان بمنزلة الأب للرضيع ، لذا ثبتت الحرمة بين الرضيع وأمه وأبيه رضاعا وما اتصل بهما من أصول وفروع وأصهار ، كما هو الشأن بالنسبة للأب والأم نسباً ، لرابطة الدم ، وثبوت الجزئية فى الحالتين (١) .

---

(١) سيأتى الكلام عن الرضاع فى بحث مستقل نبين فيه المدة التى يكون الرضاع فيها محرما ، والمقدار الذى يثبت به التحريم ، وغير ذلك من مباحث الرضاع .

القسم الثانى ـ المحرمات على التأقيت

وهن أنواع متعددة ، تبعاً لتنوع أسباب الحرمة ، ويجمل هذه الأنواع سبعة (١) المشغولة بحق الغير (٢) الجمع بين محرمين (٣) المطلقة ثلاثا (٤) الأمة على الحرة (٥) الملاعنة (٦) من لا تدين بدين سماوى (٧) الزيادة على الأربع — وإليك تفصيل كل نوع :

١ — المشغولة بحق الغير : —

يحرم تزوج كل امرأة مشغولة بحق الغير ، فزوجة الغير ، والمعتدة من طلاق رجعى، أو بائن ، ومن وفاة مشغولة بالزوجية حقيقة أو حكما، فالزواج بها فى هذه الحالة يكون عدوانا على الغير فوق ما يؤدى إليه من اختلاط الأنساب [1] .

ودليل التحريم لذات الزوج قوله تعـــالى ، عطفاً على المحرمات « . . والمحصنات من النساء » إذ المراد بهن ذوات الأزواج .

ودليل التحريم للمعتدات قوله تعالى فى شأن المطلقات « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وقوله فى شأن المتوفى عنها زوجها « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » وقوله

---

(١) مذهب الجعفرية أن من تزوج من معتدة ودخل بها عالماً بالحرمة أو جاهلا حرمت عليه مؤبداً ، وكذا إذا عقد عليها فقط وكان يعلم بالحرمة ، أما مجرد العقد مع الجهالة فلا يستلزم الحرمة المؤبدة ـ انظر الاستبصار ج٣ ص ١٨٧ ومسائل الخلاف ج ٢ ص ٦٨ . ومذهب المالكية كمذهب الجعفرية بالنسبة للمعتدة من وفاة أو طلاق بائن إلا أن الظاهر عندهم عدم تأبيد التحريم بالعقد المجرد عن الدخول ولو عالماً بالحرمة — انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٢ ص ١١٨ ، ١١٩

فيهن أيضاً «ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله» وقوله «وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن».

هذا ويلحق بالمعتدة من زواج صحيح المعتدة من دخول بعقد فاسد، أو وطء بشبهة أما المزنى بها فإن كان العاقد عليها هو الزانى صح العقد، وجاز الدخول بها فى الحال، سواء أكانت حاملا أم غير حامل (١).

وإن كان العاقد عليها غير الزانى، وكانت غير حامل جاز العقد عليها والدخول بها فى الحال عند أبي حنيفة، وأبي يوسف والشافعى. وقال محمد والجعفرية: يصح العقد، ويكره الدخول بها حتى يستبرئها بحيضة. وقال مالك وأحمد لابد من العدة.

وإن كان العاقد غير الزانى، وكانت حاملا صح العقد، وحرم الدخول بها حتى تضع حملها عند أبي حنيفة، ومحمد، والشافعى، لقوله عليه الصلاة والسلام (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماؤه زرع غيره). وقال أبو يوسف، وزفر، ومالك، وأحمد فى رواية عنه لا يصح العقد، وبالتالى لا يجوز الدخول، فإن وضعت حملها عقد عليها ودخل بها. وقال الجعفرية، يصح العقد، ويجوز الدخول بها فى الحال، ويستحب ألا يطأها حتى تضع ما فى بطنها (٢).

الجمع بين محرمين: —

والمراد من المحرمين، كل امرأتين بينهما قرابة محرمية بحيث لو فرضت

(١) بعض الفقهاء لا يرى صحة الزواج من الزانية، وهو مروى عن الحسن البصرى. وروى عن أحمد أنه جائز بشرط التوبة.

(٢) مسائل الخلاف ج ٢ ص ٦٥.

أيتهما (١) ذكرا حرمت عليه الأخرى، وذلك كالأختين ، لأننا لو فرضنا أى واحدة منهما ذكرا لا تحل للأخرى لأن هذا يؤدى إلى جواز نكاح الأخ أخته، وكذلك المرأة مع عمتهما أو خالتها، لا يصح الجمع بينهما. والدليل على التحريم قوله تعالى «عطفاً على المحرمات» «... وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف» فهى صريحة فى حرمة الجمع بين الأختين، وتدل بالفحوى على حرمة الجمع بين سائر المحارم، وقد أيد هذا العموم قوله عليه الصلاة والسلام «لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها، ولا على ابنة أخيها، ولا على ابنة أختها، فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم». ولا فرق بين كون المحرمين من ناحية النسب، أو من ناحية الرضاع (٢).

وذهب الجعفرية إلى أنه يجوز نكاح المرأة على عمتها، وخالتها بشرط رضا العمة والخالة، ويجوز نكاح العمة على بنت أخيها، والخالة على بنت أختها بدون رضا بنت الأخ، وبنت الأخت (٣).

هذا — ويرى الحنفية أنه كما لا يصح أن يتزوج الرجل من أخت زوجته التى فى عصمته، كذلك لا يصح أن يتزوج من أخت زوجته المطلقة طلاقاً

---

(١) عبرنا بأيتهما، لأن الجمهور يرى أن الحرمة لا تثبت إلا إذا ثبت التحريم من الجانبين، فأيتهما فرضت ذكراً حرمت عليه الأخرى. أما لو كانت الحرمة من جانب واحد فالجمع جائز كما فى البنت مع زوجة أبيها، فلو فرضت البنت ذكرا لا تحل لها زوجة أبيها. ولكن على فرض أن زوجة الأب ذكر فهى أجنبية عن البنت. وكذا المرأة مع زوجة ابنها، وخالف زفر فقال بحرمة الجمع ولو ثبتت الحرمة من جانب واحد. على أننا اشترطنا القرابة المحرمية ولا قرابة بين من ذكر فى المثالين.

(٢) خالف ابن تيمية وابن القيم فأجاز الجمع بين المحرم رضاعاً.

(٣) الاستبصار ج ٣ ص ١١٨.

رجعياً ، أو بائناً بينونة صغرى أو كبرى ما دامت فى العدة ، لأن الزوجية باقية حكما لبقاء آثارها ، كحق الاحتباس ، ووجوب النفقة .

ويرى المالكية ، والشافعية ، والجعفرية ، أن حرمة الجمع بين المحارم إنما هو حال قيام الزوجية فعلا ، أو فى عدة الطلاق الرجعى ، أما لو كان الطلاق بائناً فقد انقطعت الزوجية وزالت ، فإن تزوج فى العدة بأخت المطلقة فلا يكون ذلك جمعاً بين أختين .

ثم إنه قد يحدث أن يتزوج رجل من محرمين فى عقد واحد ، وهنا يقع العقد فاسداً بالنسبة لهما معا .

وقد يتزوجها فى عقدين كل على حدة ، ولكنه لا يعرف السابق منهما ، والحكم أن أحد العقدين فاسد بيقين ، ولما كان تعيين الفاسد متعذراً وجب التفريق فى الحال بالنسبة لهما معاً (١) .

أما إن تزوجهما فى عقدين كل على حدة وكان السابق معروفاً كان هو الصحيح ، والثانى فاسد باتفاق .

والحكمة فى تحريم الجمع بين المحارم : ما يترتب على الجمع من قطع الصلة بين ذوى الأرحام ، لأن العادة جرت بكراهة الزوجة لضرتها ، وتلك طبيعة المرأة فلا يمكن التخلى عنها ، والإسلام يدعو إلى توثيق العلاقات ، لا إلى قطعها ، وقد صرح الرسول صلى الله عليه وسلم بذلك فى الحديث السابق حيث قال فى آخره « . . . فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » .

---

(١) إن أمكن فى هذه الصورة وما قبلها ترجيح عقد واحدة على عقد الأخرى كأن كانت إحداهما ليس فيها مانع آخر والأخرى فيها مانع آخر سوى ما نحن فيه اعتبر العقد صحيحاً بالنسبة للراجحة وفاسداً بالنسبة للأخرى .

٣ — المطلقة ثلاثا : —

وهذه حرمتها المؤقتة ، بالنسبة لمن طلقها ، فإن زال مانع الحرمة بأن تزوجت من آخر زواجاً صحيحاً ، ودخل بها دخولا حقيقياً ، ثم طلقها أو مات عنها ، فللزوج الأول بعد انقضاء عدتها أن يعقد عليها من جديد .

والدليل على هذا قوله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » . . . إلى أن قال « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » .

والحكمة فى تحريم المطلقة ثلاثا على من طلقها ، أن الزوج إذا ما عرف أن الطلقة الثالثة ستحرم عليه زوجته ، وأنها ستكون لزوج آخر ، وقد لا تعود إليه ، وإن عادت فبعد أن أخذ الثانى منها رغبته ، وقضى وطره ، دعاه كل هذا إلى أن يتريث ويتروى ، فيمسك عن طلاق هذا مآله ، وتلك عاقبته .

والزوج والزوجة إذا ما عرفا هذه العاقبة التى تنجم عن الطلاق الثلاث ، راجع كل منهما نفسه ، فأزال أسباب الخلاف من جانبه ، وحسن معاملته لصاحبه ، حفاظاً على الزوجية ، وإبقاء عليها .

٤ — تزوج الأمة على الحرة : ـ [١]

من كان فى عصمته زوجة حرة فلا يجوز له أن يتزوج أمة عليها ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح الأمة على الحرة ، وتنكح الحرة على الأمة »

---

(١) قصدنا بيان حكم الشريعة ، بصرف النظر عن كون الرق له وجود الآن أو لا وجود له .

ولأن الله أباح زواج الإماء عند عدم القدرة على زواج الحرة (١) — والقدرة كما يرى الحنفية — متحققة بوجود الحرة فى عصمته .

والحكمة فى هذا التحريم ، هو أن إدخال الأمة على الحرة امتهان لها ، وجرح لكرامتها والمرأة لا ترضى عادة بإدخال الحرة عليها فكيف بالأمة ؟

٥ — المرأة الملاعنة : —

إذا قذف الرجل زوجته بالزنى ، أو نفى ولدها عن نفسه ، ولم يكن له شهود على ذلك ، فالحكم إذا ترافعا إلى القاضى ، أن يحلف الرجل أربع مرات بالله أنه صادق فيما رماها به ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ثم تحلف المرأة أربع مرات بالله أنه كاذب فيما رماها به ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين . فإن تم ذلك ، فرق القاضى بينهما وكانت المرأة حراما عليه ، ولا تحل له ما دام على اتهامه لها ، فإن كذب نفسه وبرأ ساحتها ، أقيم عليه حد القذف ثمانون جلدة ، وكان له أن يعقد عليها من جديد .

وقال الجعفرية : اللعان فسخ ويتعلق به تحريم مؤبد . لا يرتفع بحال لقوله عليه السلام (المتلاعنان لايجتمعان أبداً)(٢) وهو مذهب أبى يوسف .

والحكمة فى أن الشارع جعل الحرمة نتيجة الملاعنة ، أن الثقة قد فقدت بين الزوجين ، وزواج لاثقة فيه لا خير فيه ، فأولى أن تحل عقدته ، فإن

---

(١) فى قوله « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات » .

(٢) مسائل الخلاف ج ٢ ص ١١٤

كذب الزوج نفسه عادت الثقة ، وعندحيئذ لا مانع من عودة الزوجية ، إن رضيت الزوجة .

٦ — من لاتدين بدين سماوى :

لايحل لمسلم أن يتزوج من امرأة لاتدين بدين سماوى ، فمن لاتعترف بألوهية ، ومن تشرك مع الله غيره ، ومن تعبد الأوثان ، ومن تعبد النار أو النجوم ، كل أولئك لايبيح الشارع للمسلم نكاحهن ،فالله يقول « ولاتمسكوا بعصم الكوافر » ويقول « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم » . وقال عليه الصلاة والسلام فى شأن المجوس « سنوا بهم سنة أهل الكتاب ، غير نا كحى نسائهم ، ولا آكلى ذبائحهم » .

ويلحق بهؤلاء فى التحريم ، المرتدة عن الإسلام ولو إلى دين سماوى آخر ، لأنها لاتقر على ردتها ، وتعتبر غير ذات دين ، وتحبس إلى أن تتوب أو تموت .

والحكمة فى تحريم هؤلاء جميعاً ، أن بين المسلم ومن لا تؤمن بالله ولا بنبى تباينا تاماً فى العقيدة ، ومحال أن تستقر مع هذا التباين التام حياة زوجية ، أو تحسن معه عشرة ومودة .

وأما الكتابية ، يهودية أو مسيحية ، فللمسلم — على رأى الجمهور — أن يتزوج منها لأن الله يقول : « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم . . . » .

وإنما جاز نكاح الكتابية لأنها والمسلم متقاربان فى الدين فلا يخشى على الزوجية من خلاف يعكر صفوها ويهدم كيانها — وسيأتيك فيما بعد بحث مفصل يتناول أحكام زواج المسلمين من غير المسلمين .

٧ — الزيادة على الأربع :

لا يحل لرجل فى عصمته أربع زوجات أن يتزوج بخامسة ، وإذا طلق واحدة فليس له أن يتزوج بأخرى حتى تنقضى عدتها ولو كان الطلاق بائنا بينونة كبرى ، لأن الزوجية قائمة حكما ما دامت العدة باقية لبقاء أثر النكاح .

وذهب الشافعية ، والجعفرية ، إلى أنه بالنسبة للطلاق البائن بقسميه يجوز للمطلق أن يتزوج فى العدة بخامسة ، ولا يكون جامعاً بين خمس نسوة لأن زوجته المبانة زالت بمجرد طلاقها ولا التفات لبقاء العدة .

والأصل فى تحريم الزيادة على الأربع قوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » ولو جازت الزيادة لما اقتصرت الآية على الأربع .

وقد أيدت السنة ذلك ، فقد روى أن غيلان الثقفى أسلم وتحته عشر نسوة تزوجهن فى الجاهلية ، وأسلمن معه ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً ويفارق الباقى . وقد قام الإجماع على ذلك أيضاً . وما وراء ذلك من أقوال ، لا يلتفت إليه ، ولا يعول عليه[1] .

هذا . ولابد لنا أن نعرض لبيان مسألتين نرى فى تجليتهما وتوضيحهما ما يزيل غبار الشك الذى أثاره ، ولا يزال يثيره أعداء الإسلام . بغية الكيد له والصد عنه « يريدون ليطفئوا نور الله بأفواههم والله متم نوره ولو كره الكافرون » .

قالوا : إن تعدد الزوجات ، إسراف فى إشباع الغريزة الجنسية ، والدين

---

(١) من هذه الآراء ، عدم التحديد بعدد بل للإنسان أن يجمع من الزوجات ما شاء ومنها أن الذى يباح ثمانى عشرة ، ومنها أن المباح تسع ، وكل صاحب رأى له فى الآية فهم خاص ، فراجع كتب التفسير .

يجب أن يسمو على الغرائز ، وعليه أن يعمل لتهذيبها ، وكبح جماحها ، لا لإثارتها ، بالتقلب من لذة إلى لذة ، والتنقل من امرأة إلى امرأة ، عليه أن يدعو إلى السمو الروحى ، لا إلى لذة الجسد ، فتلك بهيمية صرف ، وهى بغير الإنسان أليق .

قالوا : وفى تعدد الزوجات ظلم للمرأة التى لاتقبل طبيعتها أن تشاركها امرأة ثانية فى حقوقها الزوجية ، بله ثالثة ورابعة ، ولئن رضيت بالمشاركة فهيهات أن يكون الزوج عادلا بين نسائه ، لاختلاف ميوله وهواه ، فهو ولاشك إلى واحدة أميل ، وبها — دون غيرها — أبر .

قالوا : وكم لتعدد الزوجات من مساوىء ، فالبيت لا يهدأ ، والزوج لايطمئن ولا يستريح من كيد الضرة لضرتها ومحاولة كل واحدة إفساد علاقة الأخرى بزوجها ، والأولاد من نساء متعددات ، تنشأ بينهم العداوات ، ولغير سبب — إلا سبب اختلاف الأم — تقوم بينهم المشاحات والخصومات وبيت هذا حاله ، لاخير فيه ، وأسرة هذا شأنها خير منها الوحدة عن الزوج والولد .

قالوا : وتعدد الزوجات ينشأ عنه كثرة الأولاد ، وكثرة الأولاد تحتاج إلى دخل لاينقطع ، ومورد لايغيض ، ومن لنا بهذا الدخل الذى يسد حاجة هذه الكثرة المتزايدة من النسل ؟ وموارد الدولة معدودة ، وأرزاقها محدودة ، وهى بهم على قلتهم ضائقة ، فكيف تسعهم أن تضاعف عددهم ، وتزايد جمعهم ؟

قالوا هذا !! . . ونقول لهم :

إن الإسلام لم يكن بدعا فى إباحة تعدد الزوجات ، فقد سبقته أديانه أباحت التعدد إلى ما فوق الأربع بكثير ، كاليهودية . . . وما عليه المسيحية من قصر الزواج على واحدة ، فليس ذلك من أجل المحافظة على المرأة

وشعورها بل لأن الترهب والتبتل هو الأصل، والمرأة — فى المسيحية — شر محض يصرف المرء عن الله، فإن كانت ضرورة ملحة، فامرأة واحدة أهون شراً من امرأتين.

والإسلام حين جاء، وجد التعدد مألوفا عند العرب، ووجد منهم من لايقف بالتعدد عند حد، فما كان منه إلا أن هذب هذه الفوضى، فلم يقض على مبدأ التعدد بالمرة، وإنما وقف به عند الأربع، لحكم إن جهلها بعض الناس أو تجاهلها، فذلك لأنها «لاتعمى الأبصار ولكن تعمى القلوب التى فى الصدور».

ليس فى تعدد الزوجات إسراف فى إشباع الغرائز، أو إرضاء لرغبات الجسد، وإنما هو العلاج كل العلاج لا دواء المجتمع، ومشاكل الناس.

فالرجل الذى تصاب زوجته بمرض عضال يستعصى على العلاج، ولاتصلح معه للحياة الزوجية، هل فى شريعة الإنصاف أن نحرم عليه الزواج من أخرى، تسد حاجته، وتقضى لبانته؟ أو من فضيلة الوفاء أن يطلق زوجته حتى يتمكن من الزواج بأخرى؟. إن حرمنا عليه الزواج فقد كلفناه شططاً، وحملناه عسيراً، وأن أبحنا له الطلاق ليتمكن من الزواج بأخرى — حيث لايباح له الجمع بين زوجتين — فمن للزوجة الاولى، وقد زهد فيها الناس، وانصرف عنها الرجال؟. أليس الجمع بين الثنتين أوفق وأرفق؟.

والرجل قد يكون له من طبيعته ما لايصبر معه على الحرمان من المرأة مدة طويلة، والمرأة يعتريها فى بعض الأحيان ماتمتنع معه المعاشرة الجنسية، كأيام حيضها، ونفاسها، فهل نعرض من هذه حاله من الرجال للفتنة، والمغامرات فى صلات غير مشروعة؟ أو نسد حاجته بزوجة أخرى من طريق مشروع؟

والحروب التي تأتي على الرجال ، ثم تنتهي بهذه المشكلة الاجتماعية ، قلة الرجال وهم عصب الدولة ، وكثرة النساء ، وهن في حاجة إلى رعاية وعناية ، وفي حاجة أمس إلى الزوج الذي يجنبهن مزالق الأخلاق ، وموارد الرذيلة .

دلت الإحصائيات الصحيحة على أن نسبة الرجال إلى النساء ، بعد الحرب العالمية الأولى كانت ١ إلى ٣ ، وبعد الحرب العالمية الثانية ، كانت نسبة الرجال إلى النساء في ألمانيا ١ إلى ٩ . أفمن الخير أمام هذه القلة من الرجال ، والكثرة من النساء ، أن نبيح تعدد الزوجات ، حتى نعوض النقص في الرجال ، ونحافظ على كرامة المرأة ؟ أم من الخير أن نحرم التعدد ، وتبقى الأمة هزيلة ضئيلة ، وتصبح المرأة ولاطريق لعيشها إلا بعرضها ، ولا سبيل لحياتها إلا على حساب سمعتها وشرفها ؟

ثم هل ينكر أحد أن الدول التي يعيب أهلها على الإسلام تعدد الزوجات ، يتفشى بين أفرادها نظام الخليلات والعشيقات ، بحيث يكون للرجل أكثر من خليلة وعشيقة ، يعيش معهن في ريبة ، ويرتبط بهن برباط غير مشروع ؟ أذلك خير أم تعدد الزوجات الذي شرعه الله ، وأحاطه بقدسية ، وناطه بحقوق وواجبات ؟

أما ما يقال من أن التعدد ظلم للمرأة ، فذلك بعيد كل البعد عن الحقيقة ، لأن الإسلام لم يبح التعدد في كل الأحوال ، بل أباحه عند الحاجة ، وشرطه بالتأكد من العدل والمساواة بين الزوجات ، وحيث لاضرورة فالاقتصار على واحدة أولى ، وحيث يتوقع الظلم وعدم المساواة فالتعدد حرام قطعاً ، لأن الله يقول « . . . فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » .

لقد حاول بعض من لايدركون اتجاهات القرآن في أسلوبه ، أن يأخذوا

منه دليلا على حرمة التعدد ، فقالوا : إن القرآن ، أباح التعدد بشرط العدالة وبين أن العدالة غير ممكنة بقوله « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » .

ونقول : هذا فهم إن صح كان القرآن مناقضا نفسه بنفسه ، وحاشاه أن يكون كذلك « ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيراً » .

والفهم الصحيح ، أن الآية الأولى أرادت من العدالة المساواة فى النفقة والقسم بين الزوجات ، وهذا أمر ممكن يدخل تحت طاقة البشر .

أما الآية الثانية التى صرحت بأن العدل غير مستطاع ، فمرادها ، الحب والميل القلبى ، وهذا فوق طاقة البشر ولادخل لهم فيه ، ويشهد لذلك قوله عليه الصلاة والسلام « اللهم هذا قسمى فيما أملك ، فلا تؤاخذنى فيما تملك ولا أملك » .

وأما مايقال من أن تعدد الزوجات سبب لتعكير الحياة الزوجية ، وإفساد العلاقات بين الأولاد ، فذلك ليس عيب التعدد ، وإنما هو عيب المجتمع الذى تعيش فيه ، فلو عرف كل فرد حقه وواجبه ، ووقف عند حده دون أن يتعرض لغيره بمايسوءه ، لما كانت هناك مشاكل الأسر ومفاسد العائلات !!.

وأولى بالرجل الذى لا يأنس من نفسه العزم والحزم ، أن يقتصر على امرأة واحدة ، حتى لايجنى على نفسه ، وبيته ، وأولاده .

وأما ما يقال من أن تعدد الزوجات يتسبب عنه كثرة الأولاد ، والكثرة تؤدى إلى أن تضيق موارد الدولة بأفرادها ، فذلك منطق العجزة ، وأسلوب القعدة ، وحجة الكسالى فى دنيا الناس !!! . . .

لم تبخل الأرض بخيراتها ، وموارد البلاد الطبيعية لا تزال تتزايد يوما بعد يوم ، وكنوز الأرض لاتزال تظهر آنا بعد آن ، وبفضل حركات العربية

التحررية رفعنا يد المستعمر عن كنوزنا وخيراتنا ، فاتسعت ولا تزال تتسع أمامنا موارد الرزق التى تكفى أضعاف أضعافنا . وحاجتنا اليوم — قبل كل شىء إلى الأيدى الكادحة العاملة ، والقوى المستغلة المنتجة . ويومئذ لا تكون فاقة ولا حاجة .

المسألة الثانية — ما أثير حول زواج الرسول بأكثر من أربع : —

يحاول بعض المغرضين أن ينالوا من نبى الإسلام ، لجمعه بين أكثر من أربع زوجات ، ويقولون إن محمداً لم يرض لنفسه أن يكون كأفراد أمته ، بل خص نفسه وميزها ، بأن جمع فى وقت واحد بين تسع زوجات ، وما كان للنبى أن يميل إلى الشهوات ، فيعدد الزوجات ، فضلا عن تمييز نفسه عن أفراد أمته ، والميل إلى الشهوات دليل على ضعف الخلق ، وضعف الخلق لا يليق بجلال النبوة !! . .

ونقول لهؤلاء : إن جهلكم بالتاريخ ، وبتاريخ التشريع خاصة ، وعدم إدراككم لأهداف النبوة السامية ، حدا بكم إلى منكر القول وزوره ، فرميتم رسول الله صلى الله عليه وسلم بميله إلى الشهوات ، واندفاعه وراء الملذات !! ..

نقول لهؤلاء : تتبعوا التاريخ ، واستقصوا زوجات الرسول ، واحدة واحدة ، فسترون أنه ما أقدم على واحدة إلا لغرض سام ، وقصد نبيل .

تزوج الرسول من أجل تأليف القلوب المتنافرة . وتزوج بدافع الإخلاص والوفاء لمن سانده فى دعوته ، وعاونه على تبليغ رسالته . وتزوج من فارقت أهلها وغادرت وطنها من أجل دينها ، ثم مات زوجها وتركها بلا عائل ولا نصير ، فكان لها عليه السلام الزوج ، والعائل ، والنصير ، مكافأة لها على ما أبلت فى دين الله . وتزوج من رأى فى زواجه منها ما حبب قومها فى الإسلام ، فدخلوا فيه بعد كفر ، واعتنقوه بعد عناد ومكابرة . وتزوج من

قتل زوجها فى حروب المسلمين ، وخلف لهـا ذرية ضعافا ، فحماها من ذل الحاجة ، وعال أيتامها . وتزوج من كان زواجه منها هدماً لعادة تمكنت من قلوب العامة ، وتطبيقاً لتشريع صعب تنفيذه على الناس ، فما لبثوا أن طبقوه على أنفسهم ، وانقادوا لحكم الله فيه . وتزوج لغير ذلك من أسباب يطول ذكرها . . .

ومع هذا فاستعرضوا زوجات النبى عليه السلام ، فسترون أنهن جميعاً كن ثيبات مسنات ، ما عدا عائشة رضى الله عنها ، فهل من يجرى وراء شهواته وملذاته ، يطلب الثيب المسنة ، ويترك البكر الشابة ؟ . لو كان شهوانياً — كما تقولون — لكان له عن كل هؤلاء مندوحة إلى غيرهن من نساء المسلمين ، وفيهن من يفقن كل أولئك شبابا وجمالا .

ثم نقول لهؤلاء تعلموا تاريخ التشريع الإسلامى حتى تقفوا على أن التعدد الذى جاء به القرآن إنما كان بعد تزوجه عليه الصلاة والسلام بجميع أمهات المؤمنين ، وكانت العادة قبل نزول آية التعدد تبيح للرجل أن يتزوج من النساء ما يشاء ، ومن الثابت أنه لم يتزوج بعد نزول هذه الآية(١) .

. . . وأخيراً نقول لهؤلاء : قارنوا بين ما ألزم الله به نبيه ، من عدم جواز تطليقه لأية واحدة من نسائه ، وعدم تمكينه من الزواج بأية واحدة عليهن ، كما صرح بذلك القرآن الكريم فقال « لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج ولو أعجبك حسنهن » .

قارنوا بين هـذا الحظر ، وما أبيح لسائر المسلمين من استبدال زوجة

---

(١) انظر المواهب الفتحية ص ٢٥ . ولا يقال لم لم يمسك أربعا ويفارق الباقى كما هو الحكم بالنسبة لأفراد أمته ، لأن الرسول لو طلق إحدى نسائه فليس لأحد بعده أن يتزوجها بنص القرآن وهنا يكون الطلاق ظلما للمطلقة .

مكان زوجة ، ثم قولوها كلمة منصفة عادلة . قولوا : إن نبي المسلمين ، لا ترقى إليه الشبهات ، وحاشاه أن يكون قد اندفع وراء الشهوات والملذات .. قولوها فقد قالها المنصفون ، وسجلها التاريخ . . .

الفصل الخامس

فى : الولاية فى الزواج

(١) تعريفها (٢) أسبابها (٣) شروطها (٤) ترتيب الأولياء (٥) انتقال الولاية على الولى القريب إلى البعيد (٦) أنواع الولاية (٧) أحكام تزويج الأولياء (٨) متى يسقط خيار المولى عليه ؟

١ — تعريف الولاية : ـ

الولاية لغة : النصرة ، وقيام الشخص بأمر غيره — وشرعا سلطة شرعية ، يملك بها صاحبها التصرف فى شئون غيره جبراً عليه . فدخل فى هذا التعريف الولاية على النفس ، والولاية على المال ، والولاية الخاصة ، كولاية الأب على ابنه الصغير ، والولاية العامة ، كولاية الإمام ومن ينوب عنه . وموضوع بحثنا ، هو الولاية على النفس فى الزواج .

٢ — أسباب الولاية على النفس فى الزواج : ـ

أولا : الملك — فالسيد يتولى تزويج عبده وأمته ، بمقتضى ملكيته لها .

ثانياً : القرابة — فالقريب العاصب ، وغير العاصب ، يتولى زواج من تحت ولايته بمقتضى قرابته له .

ثالثاً : العتاقة — وهو حق شرعى ، أعطاه الشارع للمعتق على من أعتقه ،

يرثه به إذا مات ، ويتولى به تزويجه إن كان فاقد الأهلية ، بشرط عدم وجود قريب عاصب فى الحالتين .

رابعاً : ولاء الموالاة — كانت العادة جارية بأن يسلم رجل من الكفار على يد رجل مسلم ويواليه ، بأن يقول له ، أنت مولاى ، ترثنى إذا مت ، وتعقل عنى إذا جنيت ، فتصبح له درجة من الولاية ، تأتى بعد ولاية القرابة بكل أنواعها .

خامساً : الإمامة العامة ، فالإمام ولى من لا ولى له ، ويقوم مقامه من ينوب عنه ، كالسلطان ، والقاضى .

٣ — شروط الولاية : ـ

(١) الحرية (٢) البلوغ (٣) العقل (٤) اتحاد الدين بين الولى والمولى عليه .

أما الثلاثة الأولى ، فلأن كمال الأهلية يكون باجتماعها ، وبفقدها أو فقد واحد منها ، لا يكون الإنسان أهلا للتصرف فى حق نفسه ، فكيف يملك التصرف فى حق غيره ، وفاقد الشيء لا يعطيه ؟ .

وأما اتحاد الدين ، فلأن الولاية فرع الميراث ، ولا توارث عند اختلاف الدين ، فكذا لا ولاية — وينبغى أن يلاحظ ما يأتى : —

أولا : إن شرط اتحاد الدين ، إنما هو بالنسبة للولى الخاص ، أما من له ولاية عامة ، وهو الإمام أو نائبه ، فلا يشترط فيه هذا الشرط ، لأن ولايته على المسلم وغير المسلم . وكذا للسيد المسلم ، تزويج أمته الكافرة بمقتضى الملكية لا الولاية ، على الصحيح[1] .

---

(١) فتح القدير جـ ٢ ص ٤١٢ .

ثانياً — لو كان المولى عليها مسيحية مثلا ، ولها أخ مسلم ، وأخ مسيحى ، فوليها ، أخوها المسيحى دون المسلم . ومنع الجعفرية ولاية غير المسلم على المسلم وأجازوا ولاية المسلم على غير المسلم(١) .

ثالثاً — عدالة الولى شرط عند الشافعية والحنابلة ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح إلا بولى مرشد » أى رشيد ، والفاسق ليس رشيداً(٢) .

وقال الحنفية والمالكية ، لا تشترط عدالة الولى ، لأن ما ورد فى القرآن والسنة ، من أمر الأولياء بتزويج من فى ولايتهم ، ليس فيه مايشير إلى اشتراط العدالة فى الولى ، ولأن الفاسق يزوج نفسه باتفاق ، فكذا يملك تزويج غيره ما دام فى ولايته ، ولأن مدار الولاية على توفر الشفقة ، ورعاية المصلحة ، وهما لا يزولان بالفسق .

وأجابوا عن حديث « لا نكاح إلا بولى مرشد » بأن كلمة (مرشد) ليست ثابتة ، وعلى فرض ثبوتها فالحديث مضطرب ، والاضطراب موجب للضعف ، وعلى فرض صحة الحديث مع زيادة لفظ (مرشد) فليس معناها ما ذكر ، بل معناها ، أنه يرشد إلى ما فيه مصلحة المولى عليه ، وهذا أمر يصلح له العدل والفاسق .

أما الجعفرية ، فقد شرطوا العدالة فى الحاكم والوصى ، دون الأب والجد .

٤ — ترتيب الأولياء :ـ

المولى عليه ، إما أن يكون مملوكا ، وإما أن يكون حراً . فإن كان مملوكا

---

(١) أما المرتد عن الإسلام فلا ولاية له مطلقاً لا على مسلم ولا على كافر ولا على مرتد مثله . لأنه لا يرث أحداً ، ولا ولاية له على نفسه ، حتى لا يجوز نكاحه أحداً لا مسلماً ولا كافراً — بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٣٩ .

(٢) وعن الشافعية والحنابلة رواية أخرى لا تشترط عدالة الولى .

فالولاية عليه لمالكه ، ذكراً كان المالك أو أنثى ، فالعبد والأمة ، صغيرين ، أو كبيرين ، عاقلين ، أو غير عاقلين ، يتولى المالك عقد زواجهما .

وإن كان المولى عليه حراً ، فولاية تزويجه تثبت للأولياء على الترتيب الآتى :

أولا — العصبة النسبية(١) : وهم أصناف أربعة :

(أ) البنوة : ويراد منها ، الابن ، وابن الابن وإن نزل .

(ب) الأبوة : ويراد منها الأب ، والجد أبو الأب وإن علا .

الأخوة : ويراد منها الأخ ، وابن الأخ وإن نزل ، شقيقاً كان أو لأب .

(د) العمومة : ويراد منها العم ، وابن العم وإن نزل ، لأبوين كان ، أو لأب .

وهؤلاء جميعاً مرتبون حسب عصوبتهم ، فالأقوى عصبة أولا ، ثم الذى يليه ، حسب ترتيبهم فى الميراث .

وعلى هذا فإن وجد قريب من أى جهة من هذه الجهات ، وليس له مزاحم ، كان هو الولى الذى يتولى تزويج من تحت ولايته . وإن تعدد الأقرباء وتزاحموا ، كان التفاضل بينهم باعتبار الجهة أولا ، فيقدم من كان من جهة البنوة ، ثم من كان من جهة الأبوة ، ثم من كان من جهة الأخوة ، ثم من كان من جهة العمومة .

فإن تساووا فى الجهة ، بأن كانوا جميعاً من جهة الإخوة مثلا ، كان

---

(١) مرادنا من العصبة النسبية . العاصب بنفسه ، وهو كل قريب ذكر لاتنفرد أنثى بالتوسط بينه وبين قريبه .

التفاضل بينهم بقرب الدرجة ، فالأخ مقدم على ابن الأخ ، وابن الأخ مقدم على ابن ابن الأخ ، . . . وهكذا .

وإن تساووا فى الجهة والدرجة ، كان التفاضل بينهم بقوة القرابة ، فإن كانوا إخوة ، مثلا ، قدم الأخ الشقيق على الأخ لأب ، وإن كانوا أعماما ، قدم العم لأبوين ، على العم لأب . . . وهكذا .

وإن تساوى الأولياء جهة ودرجة وقوة ، كأن كانوا جميعاً إخوة أشقاء ، أو إخوة لأب ، ثبت لكل واحد منهم الولاية كاملة ، وأيهم تولى العقد وقع صحيحاً ، ونفذ على الباقين ، دون أن يكون لأحدهم حق الاعتراض ، لأن الولاية حق واحد ، لا يقبل التجزئة .

ثانياً — العصبة السببية : وهى التى تكون بسبب العتق . فالولاية عند عدم وجود عاصب نسبى ، تنتقل للمعتق ، ذكراً كان أو أنثى ، ثم لعصبة المعتق النسبية ، حسب الترتيب السابق .

ثالثاً — الأقارب غير العصبات : وهؤلاء على الراجح من مذهب الحنفية ، مرتبون كما يلى :

١ — الأصول . وهم الأم ، ثم أم الأب ، ثم أم الأم .

٢ — الفروع . وهم البنت ، ثم بنت الابن ، ثم بنت البنت ، ثم بنت ابن الابن ، ثم بنت بنت البنت . وبعد هؤلاء يأتى الجد لأم .

٣ — فروع الأبوين . وهم الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأب ، ثم الأخ والأخت لأم على سواء .

٤ — فروع الجدين . وهم العمات مطلقا ، والأعمام لأم ، ، ثم الأخوال والخالات ، ثم أولادهم ، مع مراعاة الدرجة والقوة .

رابعاً — مولى الموالاة، إن وجد (١) .

خامساً — الإمام أو من ينوب عنه . لقوله عليه الصلاة والسلام «السلطان ولى من لا ولى له » .

هؤلاء هم الأولياء ، وهذا هو ترتيبهم عند أبى حنيفة رضى الله عنه . وليس وراء هؤلاء من له ولاية التزويج ، ولو كان وصياً ، لأن الوصى ولايته على المال لا على النفس (٢) .

وذهب أبو يوسف — فى المشهور عنه (٣) — ومحمد بن الحسن ، إلى أن الولاية ، تثبت للعصبات النسبية أولا ، ثم للعصبات السببية ، ثم للإمام أو نائبه. وقد استدلا على هذا ، بقوله عليه الصلاة والسلام « الإنكاح للعصبات » ومعناه — حيث لا عهد — جنس الإنكاح ، مفوض إلى جنس العصبات ، فلا يكون لغيرهم مدخل فى ولاية الزواج ، سوى الإمام أو من يقوم مقامه عند عدم العاصب ، لقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولى من لا ولى له » .

وأيضاً فإن العصبات ، هم الذين يلحقهم عار الزواج أو نفاره ، فكانت ولاية الزواج لهم حتى يتحرزوا من نسب من لا يكافئهم .

ولكن أبا حنيفة — رحمه الله — لاحظ فيما ذهب إليه من ولاية القريب

---

(١) ذكرنا ضمن الأولياء ، مولى العتاقة ، ومولى الموالاة ، ومرادنا بيان حكم الشارع، بصرف النظر عن كون هذا اللون من الأولياء، موجوداً الآن أوغيرموجود

(٢) فى رواية عن أبى حنيفة أن الأب لو أوصى للوصى بزواج الصغير ، صح وثبتت له ولاية التزويج أيضاً .

(٣) وغير المشهور عنه أنه مع أبى حنيفة فى أن الولاية تثبت للأقرباء غير العصبة .

غير العاصب، أن الولاية يقصد من ورائها النظر فى مصلحة المولى عليه، وهذا كما يتحقق من العاصب يتحقق من القريب غير العاصب، لأنه أمر يقوم على الشفقة، وهى متوفرة فى الأقرباء على الإطلاق، ومن ذا يقول أن الأم لا تتوفر عندها الشفقة والحرص على مصلحة بنتها ؟ . أم من ذا يقول إن الإمام أو القاضى، الذى يشغل بالنظر فى مصالح العامة، ولا تتوفر عنده البواعث التى تدعوه إلى التحرى فى تخير الكفء، يقدم على الأم، أو الجدة، أو العمة، أو الخالة ؟ .

لذا كان مذهب أبى حنيفة فى هذه المسألة، أرجح من مذهب صاحبيه، وكانت عليه الفتوى، وبه العمل . ولا يعكر عليه حديث « الإنكاح للعصبات » لأنه محمول على ثبوت الحق لهم حال وجودهم، وليس فيه مايدل على أن الولاية لا تثبت لغيرهم .

٥ — انتقال الولاية عن الولى القريب إلى البعيد : —

عرفنا فيما تقدم أن ولاية الزواج، تثبت للولى الأقرب، فالأقرب، فليس للبعيد مع وجود القريب وصلاحيته حق فى الولاية . ولكن قد يوجد ما ينقل هذه الولاية عن الولى القريب، إلى الولى البعيد، وذلك فى الحالات الآتية :

١ — إذا وكل الولى القريب من هو أبعد منه، كان للبعيد بمقتضى هذه الوكالة تزويج المولى عليه، ولو مع وجود الولى القريب فى المجلس، ومع هذا فالوكالة لا تزيل حق القريب فى الولاية . فله فسخ الوكالة، وتولى العقد بنفسه .

٢ — إذا غاب الولى القريب أو اختفى بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء

حضوره ، انتقلت الولاية إلى البعيد ، ويكون عقده نافذاً ، ولو حضر القريب بعد ذلك لا يلتفت لاعتراضه .

وذهب الشافعي ، إلى أن الولاية تنتقل في هذه الحالة ، إلى القاضي ، كما لو عضل الولي القريب . ولكن الحنفية يقولون : إن القاضي تنتقل إليه الولاية ، عند عدم الولي ، أو عند تحقق ظلمه ، والولي هنا موجود ، والظلم غير واقع .

وقال الجعفرية : إن كان أولى الأولياء مفقوداً ، أو غائباً غيبة منقطعة ، على مسافة قريبة ، أو بعيدة ، وكلت ، وزوجت نفسها ، ولم يكن للسلطان تزويجها ، إلا بوكالة منها (١) .

٣ — إذا عضل الولي القريب من تحت ولايته عن الزواج من الكفء وبمهر المثل ، انتقلت الولاية عنه إلى الولي الأبعد ، وهو القاضي ، دون غيره على الصحيح ، وذلك لأن العضل ما دام بغير حق ، فهو ظلم يجب رفعه ، والقاضي ، دون غيره ، هو المكلف برفع المظالم عن الناس .

وقال الجعفرية : إذا عضل الأب أو الجد ، وامتنع من تزويج الصغيرة ، فليس لغيرهما من الأقارب ، أو الحاكم ، ولاية تزويجها ، ولو كان العضل لسبب غير مقبول ، فلو زوجها الحاكم ، والحالة هذه ، كان موقوفاً على إجازتها بعد البلوغ .

هذا . وقد علمت أن الأهلية شرط في تحقق الولاية وثبوتها ، وعلى هذا ، فالصغير ، والمجنون ليسا من أهل الولاية حتى يقال ، إن الولاية تنتقل إلى البعيد بسبب صغر القريب ، أو جنونه ، لأنها لم تثبت له بالمرة حتى تنتقل عنه إلى غيره . نعم إن كان القريب مجنوناً جنوناً غير مطبق ، فلا تسلب

(١) مسائل الخلاف ج ٢ ص ٦١ .

عنه الولاية ، بل تنتظر إفاقته ، ما دام الانتظار لا يفوت مصلحة تعود على من هو فى ولايته .

٦ – أنواع الولاية:

تتنوع ولاية الزواج بالنسبة للمولى عليهم إلى ثلاثة أنواع ، وهى :

أولا – ولاية الاستحباب : ـ

وهى التى تخول لصاحبها حق تزويج المولى عليه ، بناء على اختياره ورغبته ، مع بقاء الحق للمولى عليه ، فى تزويج نفسه بنفسه دون الرجوع إلى الولى فى ذلك .

وتثبت هذه الولاية ، على الحرة البالغه العاقلة ، بكراً كانت أو ثيبا ، عند أبى حنيفة رضى الله عنه ، وكذلك عند أبى يوسف ومحمد فى رواية عنهما . ودليلهم على هذا ، قوله عليه الصلاة والسلام « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر فى نفسها ، وإذنها صماتها » والمراد من الأيم ، من لا زوج لها مطلقاً ، وعلى فرض أن المراد من الأيم ، الثيب ، كما صرح به فى رواية أخرى ، فقوله ، والبكر تستأمر لا يجعل للولى حقاً معها .

قالوا . ولأن المرأة ما دامت بالغة عاقلة ، فهى أهل للتصرفات ، وقد أبيح لها باتفاق التصرف فى مالها ، فأولى أن تتصرف فى نفسها ، لأن هذا أمر يهمها أكثر من غيرها ، وما قد يكون من تساهل منها فى المهر أو الكفاءة ، متدارك بما أعطاه الشارع للأولياء ، من حق الاعتراض ، وطلب الفسخ .

وذهب الجعفرية ، إلى أن الحرة البالغة العاقلة ، إن كانت ثيبا فليس لأحد عليها ولاية جبر ، بل تثبت استحبابا ، ولها أن تزوج نفسها بنفسها . وإن كانت بكراً فالظاهر من الروايات ـ كما يقول أبو جعفر الطوسى [1] ـ

---

(١) مسائل الخلاف ج ٢ ص ٥٧ .

أن للأب والجد أن يجبراها على النكاح ، ويستحب لهما أن يستأذناها . ومع غير الأب والجد ، وهى أحق بنفسها . ويرى بعض الجعفرية ، أن البكر والثيب سواء ، فى أنه لا تثبت ولاية الجبر عليهما لأحد مطلقاً (١) .

ثانياً — ولاية الشركة :

وهى التى تخول لصاحبها تزويج المولى عليه ، بشرط إشراكه معه فى الرأى والاختيار ، فلا يكون لأحدهما أن يستبد بالعقد دون موافقة الآخر ، فالولى والمولى عليه فى هذا الحق سواء .

وتثبت هذه الولاية ، على الحرة البالغة العاقلة الثيب ، عند الشافعية ، والمالكية ، والحنابلة . وذهب محمد بن الحسن — فى المشهور عنه — وهو رواية عن أبى يوسف ، إلى أن هذه الولاية ، تثبت على الحرة البالغة العاقلة ، بكراً كانت ، أو ثيبا . غير أن الشافعى ومن معه ، يرون أن الولى هو الذى يتولى العقد وحده ، بعد أن يتم رضا المولى عليها ، لأن عقد الزواج عندهم ، لا يصح بعبارة المرأة مطلقاً ، سواء أكانت تعقد لنفسها ، أم لغيرها . ومرجعهم فى هذا ، قول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها » وقوله « لا نكاح إلا بولى » . أما محمد وأبو يوسف فيريان أن لكل من الولى والمرأة ، أن يتولوا العقد بنفسه ، مادام قد تحقق الرضا من الطرفين . وهذا بناء على ما ثبت فى المذهب الحنفى من جواز عقد المرأة لنفسها ولغيرها (٢) .

---

(١) المرجع السابق ج ٢ ص ٥٦ .

(٢) استدل الحنفية على جواز عقد المرأة لنفسها بأن القرآن أسند النكاح إلى المرأة فى أكثر من آية ، كقوله تعالى « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » وقوله « . . فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » . وبالحديث المتقدم وهو « الأيم أحق بنفسها .. إلخ » واستدلوا على جواز عقد المرأة لغيرها بما ثبت من أن عائشة زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وهو غائب فلما حضر أمضى الزواج .

ثالثاً — ولاية الإجبار : —

وهى التى تخول لصاحبها تزويج المولى عليه جبراً ، وبدون أن يكون له أى مدخل فى الرأى والاختيار .

وتثبت هذه الولاية على العبد(١) والأمة مطلقاً ، وعلى الصغير والصغيرة ، والمجنون والمجنونة ، والمعتوه والمعتوهة ، اتفاقا . وزاد الشافعية على ما تقدم المرأة العاقلة البالغة إن كانت بكراً(٢) ، فالبكارة عندهم شرط فى ثبوت ولاية الإجبار على البالغة العاقلة(٣) ، كما أنها شرط فى الولاية على الصغيرة أيضاً . وعلى هذا ، فالثيب صغيرة أو كبيرة ، ليس عليها ولاية جبر عند الشافعية ، بل ولاية مشاركة كما تقدم ، غير أنه لما كانت الصغيرة لا يتصور منها مشاركة فى الرأى لعدم الأهلية ، فليس لأحد أن يزوجها ، ولو كان الأب ، أو الجد بل ينتظر إلى البلوغ ، لتشارك الولى فى اختيار الزوج .

هذا . وتثبت ولاية الجبر، عند الحنفية ، لأصناف الأولياء المتقدم ذكرهم على الخلاف المعروف بين الإمام وصاحبيه .

وعند الجعفرية : تثبت ولاية الجبر ، على الصغير والمجنون جنوناً غير

---

(١) الأظهر عند الشافعى أنه لا يجبر السيد عبده على الزواج ويجبر أمته ، وهو رواية عن أبى حنيفة .

(٢) تعتبر المرأة بكراً إن زالت بكارتها بتعنيس ، أو عارض كوثبة وجراحة ، وتعتبر ثيباً من زالت بكارتها بنكاح فاسد أو وطء بشبهة ، ومن زالت بكارتها بزنى تعتبر بكراً عند أبى حنيفة وثيباً عند الجعفرية .

(٣) البالغة العاقلة ، إن كانت بكراً أجبرها وليها عند المالكية ، إلا إذا رشدت فالصحيح أنه لابد من رضاها وإذنها مع بقاء الولاية عليها — حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٢٢ — ٢٢٣ .

طارىء للأب ، والجد لأب وإن علا ، ثم لوصى أحدهما ، ثم للحاكم ، قالوا : وولى المجنونة فى النكاح ، أبوها دون ابنها عند الاجتماع . وللجد أن يزوج الصغيرة مع حضور الأب وأهليته ، ولا يلتفت لاعتراضه ، وللحاكم أن يزوج من طرأ عليه الجنون بعد البلوغ ، وليس ذلك للأب أو الجد أو الوصى .

وعند المالكية والحنابلة تثبت ولاية الجبر للأب أو وصيه(١) وعند الشافعية تثبت للأب والجد .

وبعد : فقد خرجنا من هذا البحث ، بأن الحنفية يرون أن المرأة البالغة العاقلة بكراً أو ثيباً — على الراجح من مذهبهم — لها أن تتولى العقد لنفسها ، دون إذن وليها . والشافعية ومن معهم يرون أن البالغة العاقلة ، مادامت بكراً ، فلا رأى لها فى الزواج مطلقاً ، بل الرأى أولا وآخراً للولى ، ولا عبرة باعتراضها — وأدلة كل فريق على ما ذهب إليه يمكن مناقشتها بما لا تنهض بعده لإثبات المدعى .

وكلمة الإنصاف ، أن الزواج ليس حق المرأة البالغة وحدها حتى تستبد به ، بل هو علاقات وروابط تنشأ بين أسرتين ، وتتوثق بين عائلتين ، ومن وراء ذلك يكون الاختلاط ويتم الاندماج . وأمر هذا شأنه عجيب ألا يشارك فيه الأولياء وهم من أصحابه ، وأعجب منه ، أن يتم دبر آذانهم ، ورغم أنوفهم .

والزواج ليس حق الولى وحده ، بل هو بالمرأة ألصق ، وهى به أحق ، فهى التى ستعيش فى كنف زوجها ، وتربط حياتها بحياته ، فكيف يهمل رأيها ، وتساق سوق النعم ؟ .

الحق : أنه لابد من المشاركة فى الرأى ، ولابد من اجتماع إرادة المرأة

(١) اشترط الحنابلة فى ولاية الوصى أن يكون الأب قد عين الزوج .

وإرادة أوليائهما على اختيار الزوج، الذى سيكون لها ولهم، ومنها ومنهم.

والمتأمل فى الأحاديث الواردة فى هذا الموضوع لابد أن يخرج بهذه النتيجة، والمتخير من الفقه الإسلامى العام لابد أن يختار ما ذهب إليه محمد ابن الحسن من أصحاب أبى حنيفة، وأبو ثور من مجتهدى الشافعية، وهو أنه لابد فى الزواج من رضا المرأة ووليها، ومتى تحقق رضاها فأيهما تولى العقد صح الزواج(١).

٧ — أحكام تزويج الأولياء :-

تتنوع أحكام تزويج الأولياء تبعاً لتنوع الأولياء، وإليك البيان :

أولا — إذا كان الولى الأب أو الجد أو الابن(٢)، وكان معروفاً بحسن التصرف، فعقده زواج من فى ولايته صحيح، نافذ، لازم، ولو كان بغير كفء، وبأقل من مهر المثل بالنسبة للزوجة، أو بزيادة فاحشة فى المهر بالنسبة للزوج. وهذا رأى أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون العقد لازماً إن كان الزواج من غير كفء، أو بغبن فاحش (٣) فى المهر، لأن الولاية مقيدة بشرط النظر لمصلحة المولى عليه، فإن فات الشرط، فات كون العقد لازماً. وملحظ أبى حنيفة، أن الأب، والجد، والابن، يتوفر لديهم الشفقة على من تحت ولايتهم فإن تساهلوا فى الكفاءة، أو المهر، فلابد أن

---

(١) انظر الأحوال الشخصية للأستاذ أبى زهرة ص ١٢٤ - ١٢٥، والأحوال الشخصية للأستاذ عمر عبد الله ص ١٥٥ - ١٥٦.

(٢) ولاية الابن تكون على أمه أو أبيه المجنونين أو المعتوهين.

(٣) الغبن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين، والفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين.

يكون لهم من وراء ذلك غرض أسمى من الكفاءة أو المهر ، ككون الزوج أسخى نفقة ، أو أحسن صحبة ، أو أوفر عفة ، ومذهب الجعفرية فى هذه الحالة كمذهب أبى حنيفة .

ثانياً : إذا كان الولى الأب ، أو الجد ، أو الابن ، وكان معروفاً بسوء التصرف والاختيار ، فإن كان قد زوج من فى ولايته بكفء وبمهر المثل ، كان العقد نافذاً ولازماً ، وإن كان بغير كفء ، أو بغبن فاحش فى المهر ، كان العقد غير صحيح ، لأن مصلحة المولى عليه فى هذه الحالة غير محققة ، لفساد الرأى ، وتحقق الضرر .

ومذهب الجعفرية فى هذه الحالة ، أن العقد موقوف على إجازة المولى عليه ، بعد تحقق أهليته ، سواء أكان بكفء وبمهر المثل ، أم كان بغير كفء وبغير مهر المثل .

ثالثاً : إذا كان الولى غير الأب ، والجد والابن، ولو كان الأم ، أو القاضى فإن كان الزواج من غير كفء ، وبغبن فاحش فى المهر ، فالعقد غير صحيح ، لتحقق الضرر ، مع عدم وجود الشفقة ، والحرص على مصلحة المولى عليه ، كما هو الشأن فى الأب أو الجد مثلا — وإن كان بكفء وبمهر المثل ، فالعقد صحيح موقوف على إجازة المولى عليه ، بعد تحقق أهليته ، فإن شاء أمضاه ، وإن شاء أبطله حسب ما يراه فى صالحه — وقال أبو يوسف يكون العقد لازماً كعقد الأب والجد . والرأى الأول هو المعتمد ، لما صح من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، زوج أمامة بنت عمه حمزة وهى صغيرة ، وقال لها الخيار إذا بلغت ، والتزويج كان بالعصوبة لا بالنبوة .

وقال الجعفرية إذا كان المزوج غير الأب والجد كان موقوفاً على الإجازة.

بعد البلوغ ، ولو كان بكفء وبمهر المثل . وفى الوصى والقاضى الجامع للشرائط قولان .

هذا : ولا يجوز للحاكم أن يزوج من لا ولى لها من نفسه ولا من أحد أصوله ، أو فروعه . وقال الجعفرية : يجوز للحاكم ، أن يزوج من لا ولى لها من أصوله وفروعه إذا راعى المصلحة . قالوا ولا يبعد صحة تزويجها من نفسه إذا كان أصلح لها .

رابعاً : إذا كان الولى سيد العبد أو الأمة ، فولاية تزويجهما محض حقه. فإن زوج العبد ، كان الزواج صحيحاً لازماً ، فلا حق له فى فسخه بعد عتقه . وإن زوج الأمة ، كان غير لازم ، فلها بعد عتقها حق الفسخ .

وإنما قلنا بلزوم العقد بالنسبة للعبد دون الأمة ، لأن الضرر إن كان موجوداً فرفعه بالنسبة للعبد يكون بالطلاق الذى يملكه . والأمة لا تملك حق الطلاق فكان الفسخ متعينا لرفع الضرر .

٨ — متى يسقط خيار المولى عليه ؟ :-

خيار الفسخ يتنوع تبعاً لاختلاف حال المولى عليه ، إلى خيار بلوغ ، وخيار إفاقة ، وخيار عتق ، وهو فى كل هذا ، يثبت لا على جهة الدوام ، بل يسقط لاعتبارات مختلفة ، إليك بيانها :

أولا — خيار البلوغ :-

وهو الحق الذى يثبت للصغير والصغيرة إذا بلغا ، وكان قد زوجهما غير الأب والجد مثلا .

ويسقط هذا الحق (بالنسبة للرجل والمرأة الثيب) بكل ما يدل على الرضا من قول ، كطلب الزفاف ، أو فعل كتسليم النفقة وتسلمها — ولا يبطل

خيارهما بعد البلوغ بالسكوت المجرد عن إمارة الرضا ، لأن سكوتهما لا يعتبر رضا بالعقد ابتداء ، فكذا بقاء ، وعلى هذا فالخيار باق فى المجلس وبعده .

أما البكر ، فإن كانت تعلم بالزواج ، وسكتت ، ولم تطلب فسخ العقد فور بلوغها ، كان ذلك رضا منها ، وليس لها بعد ذلك خيار ، لأن سكوت البكر يعتبر رضا منها ابتداء وبقاء . أما إذا كانت لا تعلم بالزواج ، ومضت مدة ولو طويلة بعد بلوغها ، فهذا لا يبطل اختيارها ، مادامت لا تعلم بالزواج ، فإن علمت بعد ذلك وسكتت فور علمها بطل حقها أيضاً — وإن كانت تجهل أن لها حق الفسخ فسكتت ثم علمت أن لها حق الفسخ فليس لها بعد سكوتها أن تطلب الفسخ ، لأن المسلم لا يعذر بالجهل فى دار الإسلام .

ويرى الجعفرية أن سكوت الرجل والمرأة ثيباً أو بكراً فور البلوغ والعلم بالزواج يبطل الخيار . ويعذر هؤلاء بجهلهم بالخيار وفوريته .

ثانياً — خيار الإفاقة :ــ

وهو الحق الذى يثبت للكبير المجنون ، أو المعتوه ، أو الكبيرة المجنونة ، أو المعتوهة إذا زال الجنون أو العته .

ويسقط هذا الحق (بالنسبة للرجل ، والمرأة الثيب) بما يدل على الرضا قولا أو فعلا . وبالسكوت فور الإفاقة والعلم بالزواج بالنسبة للمرأة البكر ، كما تقدم فى خيار البلوغ .

ثالثاً — خيار العتق :ــ

وهو الحق الذى يثبت للأمة إذا أعتقها سيدها ، فلها بعد العتق أن تقر الزواج السابق أو تفسخه . وخيارها يمتد إلى آخر مجلس العتق ، إن كانت تعلم بالزواج ، وإلى آخر مجلس العلم ، إن كانت لا تعلم — كما أنها تعذر إن

كانت تجهل حقها فى الخيار ، لأنها كانت مشغولة بخدمة سيدها عن تقصى مالها من حقوق شرعية .

ويجب أن يلاحظ هنا أن المعتقة إن أرادت الفسخ أوقعته بدون رجوع إلى القاضى . أما حق الفسخ الثابت بخيار البلوغ أو الإفاقة ، فلابد من الرجوع فيه إلى القاضى ، ليحكم هو بالفسخ (١) — وقال الجعفرية لا يرجع إلى القاضى فى شىء من ذلك كله .

الفصل السادس

فى : الوكالة بالزواج

(١) عقد الزواج يقبل الإنابة (٢) هل للوكيل أن يوكل غيره ؟
(٣) حقوق الزواج لا تلزم الوكيل (٤) أحكام تصرفات الوكيل .

عقد الزواج يقبل الإنابة :

الوكالة بمعناها العام : هى إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى التصرف الجائز المعلوم . ومن الأمور المقررة شرعاً ، أن كل من يملك حق التصرف فى شىء فله أن يوكل به غيره .

---

(١) سبب التفرقة : أن الفسخ فى خيار البلوغ أو الإفاقة لدفع ضرر خفى للإنكار فيه مجال ، فيحتاج إلى القضاء للإلزام فى حق الآخر . أما الفسخ فى خيار العتق ، فلدفع ضرر جلى لا مجال لإنكاره وهو زيادة الملك على المرأة حيث أصبح الزوج يملك عليها بعد عتقها ثلاث طلقات . وكان يملك من قبل طلقتين فقط ، فاعتبر الفسخ دفعاً للضرر ، والدفع لا يحتاج إلى القضاء . أنظر الهداية والعناية جـ ٢ ص ٤٠٨ — ٤٠٩ .

وعقد الزواج من العقود التى يملكها الحر ، البالغ العاقل لنفسه بالأصالة، ولغيره بالولاية ، فللأصيل والولى أن يوكلا غيرهما فى إجراء عقد الزواج ، لأنهما يملكان هذا الحق ، فلهما أن يملكاه غيرهما .

أما إن كان الشخص مملوكا ، أو صغيراً ، أو مجنوناً ، أو معتوهاً فليس له أن يوكل غيره بتزويجه ، لأنه لا يملك تزويج نفسه ، فكيف يملكه غيره ؟ وفاقد الشىء لا يعطيه .

والتوكيل يكون مشافهة . وكتابة ، ولا يشترط لصحته الإشهاد عليه ، ولكن يستحسن الإشهاد خشية الجحود :

٢ — هل للوكيل أن يوكل غيره ؟ :

ليس للوكيل بالزواج أن يوكل غيره به ، لأن الموكل رضى رأيه لا رأى غيره . فإن أذن الموكل للوكيل فى أن يوكل عنه شخصاً بعينه ، فليس له أن يتعداه إلى غيره . وإن أذن له فى توكيل من يشاء ، أو قال له فوضت إليك أمر زواجى ، فله أن يوكل من يشاء .

٣ — حقوق الزواج لا تلزم الوكيل : —

الوكيل بالزواج معبر وسفير فقط ، فإذا أجرى العقد فقد انتهت مهمته ، ولا يطالب بعد ذلك بشىء من حقوق العقد كتسليم المهر إن كان وكيلا عن الزوج ، أو إدخال الزوجة فى طاعة الزوج إن كان وكيلا عن الزوجة ، وإنما يطالب الزوج بما يرجع إليه . وتطالب الزوجة بما يرجع إليها .

ولكن قد يحدث أن يلتزم الوكيل بشىء من هذه الحقوق ، كالتزام وكيل الزوج بتسليم المهر للزوجة ، فحينئذ تتوجه إليه المطالبة ، بمقتضى التزامه ، لا بمقتضى وكالته (١) .

(١) سبق أن وضحنا هذه المسألة وبينا الفرق بين الزواج وغيره من العقود .

٤ – أحكام تصرفات الوكيل

القاعدة العامة التي تنبني عليها أحكام تصرفات الوكيل ، أن كل تصرف للوكيل في حدود وكالته نافذ على الموكل ما لم يكن متهما في تصرفه ، فإن خالف فيما وكل به ، أو كان متهما في تصرفه ، كان العقد موقوفاً على إجازة الموكل ، لأن الوكيل يعتبر حينئذ فضولياً — وبناء على هذه القاعدة نقول :

الوكالة ، أما إن تكون مطلقة ، وأما أن تكون مقيدة ، والموكل في الحالتين إما أن يكون الرجل ، وأما أن يكون المرأة ، فإن كان الموكل الرجل ، وكانت الوكالة مطلقة ، دون تحديد لمهر ، أو تعيين لامرأة بذاتها ، أو لصفة بعينها ، كأن قال له زوجني ، أو زوجني امرأة ، أو زوجني من شئت ، فزوجه امرأة ، بزيادة فاحشة عن مهر مثلها ، أو زوجة امرأة بها عيب — أى عيب كان — صح الزواج ، ولزم الموكل عند أبي حنيفه والجعفرية ، لأن التوكيل مطلق ، فيبقى على إطلاقه ، لا يخرج عنه إلا ما كان خارجا بحكم الشرع كالمحارم ، لأن خلو المرأة من الموانع الشرعية ، قيد ملحوظ للموكل ، وإن لم يصرح به . كذا يخرج عن التوكيل المطلق كل من يكون في زواجها من الموكل تهمة تعود على الوكيل ، كما لو زوجه من في ولايته (١) ، أو كان الوكيل امرأة فزوجت الموكل نفسها . وفي حالة قيام التهمة يكون الزواج موقوفاً على إجازة الموكل إن شاء أمضاه ، وإن شاء أبطله .

وقال أبو يوسف ، ومحمد ، رضي الله عنهما ، لا يجوز للوكيل — رغم

---

(١) ولو زوجه بواحدة من أصوله ، أو فروعه غير المشمولين بولايته لا يقع نافذا عند أبي حنيفة للتهمة ، ولو مع تحقق الكفاءة ، ومهر المثل . وقال أبو يوسف ومحمد لا موضع للتهمة مع تحقق الكفاءة ومهر المثل .

الإطلاق - أو يزوج الموكل إلا من امرأة سليمة تكافئه ، وبمهر المثل ، لأن العرف يقيد الإطلاق . والعرف يقضي أن يراعي الوكيل سلامة الزوجة ، وكفاءتها لمن وكله ، كما يقضي أن يراعي مهر المثل ، فلا يزيد عليه زيادة فاحشة . والمعروف عرفاً ، كالمشروط شرطاً - وعلى هذا ، فإن خالف الوكيل العرف ، كان الزواج موقوفا على إجازة الموكل . وهذا الرأي الأخير هو الراجح ، وعليه العمل .

أما إذا وكل الرجل غيره بالزواج ، وقيده بامرأة معينة ، فزوجه غيرها ، أو بصفة بعينها ، كأن قال له زوجني بكراً فزوجه ثيبا ، أو حدد له المهر فقال له زوجني بمهر قدره مائة ، فزوجه بمهر قدره مائتان (١) ، كان الزواج موقوفاً على إجازة الموكل باتفاق ، لأنه مع المخالفة يكون فضولياً في تصرفاته .

ولو قيد الموكل الوكيل بزوجة واحدة ، فزوجه من اثنتين في عقد واحد ، كان الزواج موقوفاً على إجازته بالنسبة لهما معاً ، وإن عقد له على واحدة ، ثم على أخرى ، نفذ العقد بالنسبة للأولى ، وتوقف على الإجازة بالنسبة للثانية .

وأما إن كان الموكل المرأة ، وكان التوكيل مطلقاً عن كل قيد ، فلم تعين مهراً ، ولا زوجا ، ولا وصفا ، فزوجها برجل به عيب - أي عيب كان - أو زوجها بأقل من مهر المثل ، صح الزواج وكان نافذاً عند أبي حنيفة ، وموقوفا على إجازتها عند الصاحبين والجعفرية .

ولكن يجب أن يخرج عن التوكيل المطلق باتفاق ما كان خارجا بحكم الشرع كالمحارم ، وما كان فيه تهمة ، كتزويجها من نفسه ، أو ممن تحت ولايته .

---

(١) لو التزم الوكيل بدفع الزيادة في المهر ، كان الزواج موقوفا أيضا ، لأن ذوي المروءات لا يرضون بمنة الغير ، وخاصة في مهر الزواج .

وقال الجعفرية لو زوجها من أبيه أو من ابنه صح إن كان المتبادر من اللفظ يعم أباه وولده ، ويخرج أيضاً باتفاق تزويجها من غير كفء ، إن كان لها قريب عاصب ، لأن الكفاءة فى هذه الحالة شرط فى صحة العقد على المفتى به ، فكانت قيداً ملحوظاً وإن لم يصرح به . فإن زوجها من غير كفء فسد العقد من أول الأمر ، ولا يتوقف على إجازة المرأة أو وليها ، لأن الفاسد لا تلحقه الإجازة ، وإنما تلحق الإجازة الصحيح الموقوف . نعم إن لم يكن لها ولى عاصب صح الزواج موقوفاً على إجازتها ، لأن الكفاءة ملحوظة لها على أية حال .

وأما إن كانت قد وكلته بالزواج توكيلا مقيداً ، كأن ذكرت رجلا بعينه ، أو وصفاً بعينه ، أو مهراً بعينه ، فلا يجوز له المخالفة ، فإن خالف كان موقوفاً على إجازتها . ما لم تكن المخالفة فى صالح المرأة .

ويلاحظ أنه لابد من مراعاة الكفاءة ، فى حالة تعيين الزوج ، أو تحديد المهر إن كان لها قريب عاصب ، لأن له حقاً فى ذلك .

الفصل السابع

فى : الكفاءة بين الزوجين

١ — معنى الكفاءة ٢ — موقف التشريع الإسلامى منها ٣ — الصفات المعتبرة فيها ٤ — الجانب الذى تشترط فيه ٥ — الوقت الذى تشترط فيه ٦ — صاحب الحق فى الكفاءة .

١ — معنى الكفاءة : —

الكفاءة لغة : المساواة ـ وشرعاً : كون الزوج مساوياً للزوجة ، أو أعلى منها فى أمور مخصوصة .

٢ — موقف التشريع الإسلامى من الكفاءة :

لابد قبل الكلام عن مذاهب الفقهاء فى الكفاءة أن نقدم بين يدى البحث ما ندفع به دعوى المغرضين الذين يريدون إظهار الإسلام بأنه يدعو إلى الطائفية ، ويقوم على أساس من المادية والعصبية ، فنقول :

أولا — التشريع الإسلامى لا يعرف نظام الطبقات ، ولا يقوم على أساس من الفوارق بين من ينتمون إليه ، فالناس سواسية كأسنان المشط ، لا فضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى .

والتقوى هى مقياس الرجال عند الله ، وما وراء ذلك فدنيا الناس ، والدنيا لا تزن عند الله جناح بعوضة .

والإسلام الذى لا ينظر إلى صاحب الغنى لغناه ، ولا إلى صاحب الجاه لما له من جاه ، سوى فى الحقوق والواجبات العامة ، بين الغنى والفقير ، والعظيم والحقير ، والسوقة والأمير ... بل وأعطى الذمى غير المسلم ما أعطى المسلمين من حقوق ، وأوجب عليه ما أوجب عليهم « لهم ما لنا وعليهم ما علينا » .

ولكن ليس معنى ذلك أن الناس لا بد أن يكونوا على درجة سواء من الغنى والجاه والعلم ، فذلك معاندة لناموس الكون ، وخروج على قانون الحياة . فالتفاوت بين الناس فى حظوظ الدنيا أمر لابد منه حتى يستقر الكون ، وتنتظم حركة العالم ، وإلا فمن يقوم بصغائر الأعمال إن كان الناس جميعاً فى درجة واحدة ؟ . والله الذى خلق العالم وأبدعه ، ونظم التعاون بين أفراده ، صرح بأنه فاضل بين الناس فى متع الحياة ونعيمها ، فقال « والله فضل بعضكم على بعض فى الرزق » بل وصرح بأنه فاضل بين الرسل ، ولا عيب ولا نقص ، فقال « تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض منهم من كلم الله ورفع بعضهم درجات » وبين وهو الحكيم الخبير ، أن التفاضل سنة الكون وطبيعة

الحياة ، فقال « نحن قسمنا بينهم معيشتهم فى الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضاً سخريا ورحمة ربك خير مما يجمعون » .

ثانياً — أن الكفاءة بين الزوجين ليست أمراً مجمعاً عليه من فقهاء المسلمين ، بل فيهم من لايقول بها ، ولايراها شرطا فى الزواج، مادام المسلمون فى نظر الإسلام سواسية ، ومن هؤلاء أبو الحسن الكرخى وأبو بكر الجصاص من فقهاء الحنفية .

ويرى مالك رضى الله عنه — وهو قول للإمام أحمد — أن الكفاءة لا تشترط إلا فى التدين والتقوى ، وما سوى ذلك فهدر فى نظر الإسلام ، والرسول عليه الصلاة والسلام يقول « إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه ، إلا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير » .

وهذا ابن حزم الظاهرى ، يذهب إلى ما هو أبعد من ذلك ، فيصرح « إن أهل الإسلام كلهم إخوة ، لايحرم على ابن زنجية نكاح ابنة الخليفة الهاشمى ، والفاسق الذى بلغ غاية الفسق — مالم يكن زانيا — كفء للمسلمة الفاضلة » ومَن مِنَ الفقهاء اشترط الكفاءة فى الزواج ، وجعلها فى أمور وراء الإسلام والتدين ، كالنسب ، والمال ، والحرفة . . . لم يقل إن الكفاءة حق الله فلا بد منه ، وإنما قال هى حق الزوجة والأولياء على سبيل التخيير ، فإن أسقطوا حقهم ، ورضوا بغير الكفء فلا بأس ، وإن تمسكوا بحقهم فى الكفاءة لمصلحة يقدرونها فلا بأس .

والحق : إن من يعطى الزوجة وأولياءها الحق فى التمسك بالكفاءة والمساواة فى النسب ، والمال ، وماوراء ذلك ، ينظر إلى غاية سامية وهدف مرموق .

وذلك أن عقدة النكاح تتم على أساس الارتباط الدائم ، فلا بد للزوجية

الصالحة من التوافق فى الطبع ، والتلاؤم فى الوضع ، والتشابه فى المركز الاجتماعى ، والتقارب فى المستوى الثقافى ، حتى نضمن للزوجين حياة مستقرة هادئة ، ملؤها الود والإخلاص ، وقوامها الاحترام والتقدير .

أما إن كان الزوج دون الزوجة حالا ، وأقل مالا ، وأحط نسبا ، وأدنى ثقافة وعلما ، فهيهات أن يكون هناك وئام وانسجام ، وهيهات أن يمضى يوم بدون شقاق وخصام ، وهيهات أن يرفع الرجل أمام المرأة رأسا ، أو يظهر — وهو القوام عليها — حمية وبأسا ، وبذلك تسوء الحال ، ويكون أمر الزوجية حتما إلى زوال ! ! . .

٣ — الصفات المعتبرة فى الكفاءة :

ذهب الحنفية إلى أن الكفاءة معتبرة فيما يلى : —

١ — النسب — وهو معتبر فى الكفاءة بالنسبة للعرب دون غيرهم (١)، لأن العرب يتفاخرون بأنسابهم ، ولها عندهم أهمية تفوق كل ما سواها من مفاخر . والعرب بعضهم أكفاء بعض ، وقريش كفء لكل العرب ، وليس غير القرشى كفئا لقرشية . والمقرر فى المذهب الحنفى ما ذهب إليه أبو يوسف من أن العالم (بشرط عمله بعلمه) ولو أعجميا كفء للقرشية وغيرها من العرب، لأن شرف العلم فوق كل نسب .

٢ — الإسلام — والمراد السبق إليه ، والأقدمية فيه ، وهو خاص بغير العرب ، لأنهم يتفاخرون فيما بينهم بأسبقيتهم إلى الإسلام — وينبنى على هذا

---

(١) ما ذهب إليه الحنفية من أن النسب معتبر فى العرب وحدهم ، يخالف واقع الحال ، لأن غير العرب يفخرون بأنسابهم أيضاً ، لذا كان قول الشافعى بأن الكفاءة فى النسب معتبرة فى غير العرب كالعرب أولى بالاختيار .

أن غير العربي الذي أسلم حديثا ليس كفئا لمن لها أبوان في الإسلام . ومن له أبوان في الإسلام كفء لمن لها آباء في الإسلام ، لأن تمام تعريف الإنسان بأبيه وجده . وما وراء ذلك لا يلتفت إليه — وقال أبو يوسف : من له أب واحد في الإسلام كفء لمن لها آباء في الإسلام ، لأن تعريف الإنسان يكفي فيه الأب وحده .

٣ — الحرية — وهي أيضاً معتبرة في غير العرب ، فالعبد ليس كفئاً للحرة ، والحر ابن العبد ليس كفئاً للحرة بنت الحر ، ومن له أب حر ليس كفئاً لمن لها أبوان حران ، ومن له أبوان حران كفء لمن لها آباء أحرار . وقال أبو يوسف من له أب حر كفء لمن لها آباء احرار .

٤ — الديانة — والمراد بها التقوى والصلاح ، وهي معتبرة في الكفاءة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، فالفاسق ليس كفئاً لصالحة عرفت وعرف أهلها بالتدين والاستقامة . وقال محمد : الفاسق كفء للصالحة من بيت صالح ، لأن الفسق والصلاح من أمور الآخرة فلا تبنى عليه أحكام الدنيا واستثنى من هذا من يجاهر بفسقه حتى صار سخرية الناس (١) .

٥ — المال — والمراد من الكفاءة فيه على الراجح من مذهب الحنفية هو قدرة الزوج على معجل المهر ، وقدرته على نفقة شهر إن كان من غير أصحاب المكاسب ، أو نفقة يوم بيوم إن كانت له حرفة يتكسب منها . فمن هذه حالة كفء لذات اليسار والمال الكثير .

---

(١) اختلفت الكتب في نسبة الأقوال في هذه المسألة إلى أئمة المذهب ، وقد اخترنا ما ذكره وصححه صاحب الهداية ، انظر ج ٢ ص ٤٢٢ — ٤٢٣ من فتح القدير على الهداية .

وقيل يكفى فى الكفاءة قدرته على النفقة فقط ، أما المهر فقد يتساهل فيه ، وقد يتحمله عنه أبوه ، أو قريب آخر .

وقيل لابد فى الكفاءة من تساوى الرجل والمرأة ، أو تقاربهما فى الغنى واليسار ، ولا يلتفت لهذا القول ، لأن المال غاد ورائح .

٦ — الحرفة — يرى ابو حنيفة أنها لا تعتبر أصلا ، لأنها ليست بلازمة ، فيمكن التحول من حرفة دنيئة إلى أخرى شريفة . واعتبرها أبو يوسف (فى المشهور عنه) ومحمد بن الحسن . وعليه فصاحب الحرفة الدنيئة ليس كفئاً لبنت صاحب الحرفة الشريفة . والعرف محكم فى ذلك .

والكفاءة عند الشافعية معتبرة فيما يلى :

(١) التدين (٢) النسب (٣) الحرية (٤) الحرفة (٥) الخلو من العيوب وزاد بعضهم اليسار ، وبعضهم السن .

وعند المالكية الكفاءة فى التدين فقط ، وكذلك الحنابلة فى رواية ، وفى رواية زيادة الحرفة .

وذهب الجعفرية إلى أن الكفاءة معتبرة فى شيئين — أحدهما : الإيمان ، والآخر إمكان القيام بالنفقة ، وعلى هذا يجوز للعجمى أن يتزوج بعربية ، وبقرشية هاشمية ، إذا كان من أهل الدين وعنده اليسار ، ويجوز للفاسق أن يتزوج بالعفيفة ، وتركه أفضل ، ويجوز لصاحب الحرفة الدنيئة التزوج من أهل الحرف الشريفة لتحقق الكفاءة فى كل ذلك(١) .

---

(١) انظر مسائل الخلاف للطوسى ج ٢ ص ٦٠ ، ٦١ فقد حصر الكفاءة فى الإيمان والقدرة على النفقة ، ويظهر أنه يعتبر الحرية أيضا حيث يقول بعد الحصر المتقدم ، يجوز للعبد أن يتزوج بحرة وليس بكفء لها ، وانظر الأحكام الجعفرية للشيخ عبد الكريم الحلى ص ١٦ حيث صرح بأن الكفاءة معتبرة فى النسب ، والإسلام والمال ، والحرفة . ولكن اقتصرنا على ما ذكره شيخ الطائفة أبو جعفر الطوسى فهو حجة فى المذهب الجعفرى .

٤ — الجانب الذى تشترط فيه الكفاءة :ـ

الأصل فى الكفاءة أن تشترط فى جانب الزوج ، أما الزوجة فلا يلتفت إلى جانبها من ناحية كفاءتها للزوج وعدم كفاءتها ، فللشريف أن يتزوج الخسيسة ، وللغنى أن يتزوج الفقيرة . . . وهكذا لأن النصوص الواردة فى اشتراط الكفاءة تتجه كلها إلى جانب الرجل وحده(١) .

وإنما كانت الكفاءة معتبرة فى جانب الرجل دون المرأة لأمور :

أولا — لأن الرجل قوام على المرأة ، وهو صاحب السلطة الشرعية عليها ، فلا بد من مساواته لها على الأقل حتى تتقبل بيسر وسهولة توجيهه وتكليفه . أما إن كان دونها منزلة فقد تطمع فيه ، وتستهين بأوامره ، وتستخف برأيه ، لأن الغالب أن الأعلى لايقبل توجيهاً من الأدنى ويستنكف أن ينقاد لأوامره .

ثانياً — يتقبل عرف الناس زواج الأعلى من امرأة دونه ، لأن صاحب المكانة يرفع زوجته إلى مكانته ، فلا يعير بها ، ولا تلحقه خسيسة بسببها . أما الزوجة ذات المكانة فهيهات أن ترفع خسيسة زوجها ، فهو على حاله ، وعار الاقتران به لاحق الزوجة وأهلها لا محالة .

ثالثاً — الرجل يملك طلاق زوجته ، فإن تحقق ضرراً بسبب عدم كفاءتها له تخلص منها بالطلاق . أما المرأة فلا تملك طلاقاً فإن تحققت ضرراً بسبب عدم كفاءته لها فكيف لها الخلاص ؟

هذا ، وتعتبر الكفاءة من جانب الزوجة — استثناء من الأصل العام — فى حالتين :

---

(١) كحديث (ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن إلا من الأكفاء) .

الأولى : إذا كان الزوج فاقد الأهلية أو ناقصاً وزوجه غير الأب والجد والابن ، أو زوجه واحد من هؤلاء وهو لا يحسن التصرف والاختيار ، فإنه يشترط لصحة الزواج أن تكون الزوجة كفئاً لزوجها مراعاة لصالحه لأن الولى لا يملك من التصرف إلا ما فيه صالح المولى عليه .

الثانية — إذا وكل الرجل من يزوجه وأطلق الوكالة فلابد (على المفتى به) من مراعاة كفاءة الزوجة لموكله حتى ينفذ العقد لأن الكفاءة – كما تقدم — شرط ملحوظ فى الوكالة عند إطلاقها .

٥ — الوقت الذى تشترط فيه الكفاءة : ـ

يشترط تحقق الكفاءة وقت إنشاء العقد فقط ، وبعد ذلك لا يشترط بقاؤها ، فإن تغير حال الزوج من غنى إلى فقر ، أو من صلاح إلى فساد ، أو من حرفة محترمة إلى أخرى دونها ، فليس للزوجة ولا لأوليائها طلب الفسخ ، لأن الحال لا يدوم ، والصبر على تقلبات الأيام وحكم القدر ، أليق بسجية الوفاء ، ولو كان تبدل الحال مبرراً لفسخ الرابطه الزوجية لكان فى ذلك تعريض كيان كثير من الأسر إلى التفكك والتفرق بعد اجتماع الشمل .

٦ — من صاحب الحق فى الكفاءة ؟

ليس لله حق فى الكفاءة كما بينا ، وإنما هى حق الزوجة وحدها عند الجعفرية . وحق الزوجة والأولياء من العصبة عند غيرهم لما يلحقهم من عار الزواج ونخاره .

وقد يحدث أن يكون للمرأة ولى واحد فحينئذ يكون الحق لها ولوليها فإن أسقطت حقها ورضيت بغير الكفء بقى حق الولى وكان له طلب الفسخ من القاضى لعدم الكفاءة . وإن أسقط الولى حقه بقى حق المرأة وكان لها طلب

الفسخ أيضاً . وإن أسقطاه معاً صراحة أو ضمناً كأن قصرا فى السؤال عن الزوج وبعد العقد اتضح عدم كفاءته ، فلا حق لهما بعد ذلك فى طلب الفسخ .

وإن كان الزوجة أولياء متساوون ، فالحق لها ولهم على سواء ، فإن أسقطت حقها بقى حقهم ، ولكل منهم طلب الفسخ . وإن أسقطوا حقهم بقى حقها ، وكان لها طلب الفسخ أيضاً .

ولكن قد يحدث عند تعدد الأولياء واستوائهم أن يسقط أحدهم حقه ، فهل يسرى ذلك على الباقين ؟

قال أبو يوسف لا يسرى عليهم لأن الكفاءة حق مشترك يثبت لكل واحد منهم على الكمال ، وقاس هذا على الدين يكون لجماعة على رجل فإسقاط أحد الدائنين حقه فى الدين لا يسقط حق الباقين باتفاق فكذا هذا .

وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن إسقاط أحد الأولياء حقه يسرى على الباقين فلا يكون لأحدهم حق الاعتراض ، لأن حق الكفاءة لا يقبل التجزئة ، فصار حق أولياء الدم فى القصاص يثبت لهم جميعاً ، ويسقط بعفو واحد منهم . أما القياس على الدين فقياس مع الفارق لأن الدين يقبل التجزئة .

والذى نرجحه هو مذهب أبى حنيفة ومحمد ، لوضوح الدليل ، ولأن تعدد الآراء بتعدد الأولياء ، واختلافها ما بين رفض وقبول يفسد على المرأة أمر زواجها ، إذ قلما تجتمع الإرادات على غرض واحد .

هذا . وقد عرفت — من قبل — أنه بعد ولادة المرأة ، أو ظهور الحمل عليها ، لا يلتفت إلى اعتراض معترض ما ، محافظة على الولد وإبقاء عليه . وعرفت أيضاً أن من غرر بامرأة أو بأوليائها فادعى كفاءة فتم العقد بناء على دعواه ، ثم ظهر كذبه ، كان لها ولهم حق الفسخ لأنهم ما قبلوه زوجاً إلا على فرض صدقه فيما ادعى من كفاءة .

الفصل الثامن

فى : زواج المسلمين من غير المسلمين

(١) زواج المسلم من الكتابية (٢) زواج المسلم ممن لا تدين بدين سماوى (٣) زواج المسلمة من غير المسلم (٤) حكمة الحل والحرمة (٥) إجراءات العقد على الكتابية .

١ — زواج المسلم من الكتابية :ـ

يجوز للمسلم أن يتزوج من الكتابية ، ومرادنا بالكتابية كل من تؤمن بنبي . ولها دين سماوى ، من غير المسلمين كاليهودية والمسيحية . ويستوى فى الحل الحربية ، والمستأمنة ، والذمية(١) إلا أنه يكره الزواج من الحربية لما قد يترتب على ذلك من شدة التعلق بها فينتقل معها إلى دار الحرب .

والدليل على جواز نكاح الكتابيات ، قوله تعالى « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن . . .(٢) .

---

(١) الحربية المقيمة فى دار الحرب ، والمستأمنة من دخلت دار الإسلام بأمان ، والذمية المقيمة فى دار الإسلام تدفع الجزية .

(٢) الأولى عدم الزواج من الكتابيات إلا لمصلحة ، لأنه لا يخشى على أولادها أن يقلدوها ويتأثروا بها فى عقيدتهم ، وكان عمر بن الخطاب رضى الله عنه ينهى عن الزواج من الكتابيات .

وذهب الجعفرية إلى أنه لايجوز نكاح الكتابية إلا نكاح متعة . وبعض أصحاب الحديث من الجعفرية أجازوا نكاح الدوام من الكتابيات .

وحجة المانعين قوله تعالى «ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن» وهو يتناول اليهود والنصارى فى رأيهم ، وقوله «ولا تمسكوا بعصم الكوافر» .

قالوا والآية التى أباحت نكاح الكتابيات منسوخة بما تقدم ، أو محمولة على نكاح المتعة(١) .

هذا ولا فرق بين زواج المسلم من المسلمة ، وزواجه من الكتابية ، إلا فى مسألتين :

الأولى : أنه يشترط الإسلام فى شهود العقد عند زواج المسلم من المسلمة ، أما عند زواجه من الكتابية فيجوز شهادة كتابيين ولو كانا على غير دين الزوجة ، كأن يكونا يهوديين وهى مسيحية . وذلك على المشهور من مذهب الحنفية .

أما فى الشهادة لإثبات الزوجية عند القاضى فلا تقبل شهادة أهل دينها لها وتقبل عليها .

الثانية : أن التوارث يكون بين الزوجين المسلمين ، ولا توارث بين المسلم والكتابية ، لأن اختلاف الدين من موانع الإرث(٢) .

وينبغى ملاحظة ما يأتى :

---

(١) مسائل الخلاف حـ ٢ ص ٦٧ . وانظر الاستبصار حـ ٣ ص ١٧٨ وما بعدها .

(٢) ن أباح من الجعفرية نكاح الكتابيات يقول إن الزوج المسلم يرث زوجته الكتابية ولا عكس .

١ — للرجل أن يتزوج كتابية على مسلمة ، ومسلمة على كتابية ، وهما في المعاشرة والقسم سواء . ومن يرى من الجعفرية حل زواج المسلم من الكتابية يقول بجواز نكاح المسلمة على الكتابية ، وبكراهة نكاح الكتابية على المسلمة ، ويقول إن الكتابية على النصف من المسلمة في القسم .

٢ — الأولاد بين زوج مسلم وزوجة كتابية مسلمون تبعاً لأبيهم ، لأن الولد يتبع خير الأبوين ديناً .

٣ — يكون التوارث بين الأب والأولاد لاتحاد الدين ، ولا توارث بين الأولاد وأمهم لاختلاف الدين .

٤ — للزوجة الكتابية أن توصي لزوجها المسلم ولأولادها منه ، وللزوج والأولاد أن يوصوا لها ، حيث لا ميراث يمنع الوصية .

٥ — إذا انتقلت الزوجة الكتابية إلى دين سماوي آخر لا يغير ذلك عقد الزواج لأن ما جاز ابتداء جاز بقاء ، فحيث لا مانع من العقد عليها ابتداء بالنظر إلى دينها الجديد ، فكذلك لا مانع من بقاء العقد بعد ما تحولت إليه .

٦ — إذا انتقلت الزوجة الكتابية إلى دين غير سماوي ، فسخت الزوجية ، لأن ما لا يصح ابتداء لا يصح بقاء .

ومذهب الجعفرية (القائلين بحل نكاح الكتابيات) أن من انتقلت من دينها السماوي إلى دين سماوي آخر ، أو إلى غير دين فسد نكاحها في الحال إن كان قبل الدخول بها . وبعد الدخول يفسد فساداً موقوفاً على مضي مدة العدة ، فإن أسلمت أو رجعت إلى دينها الأول قبل مضي مدة العدة عاد العقد صحيحاً . وإن أصرت على ما تحولت إليه حتى انتهت مدة العدة فسخ العقد(١) .

---

(١) انظر مسائل الخلاف حـ ٢ ص ٦٩ ، والأحكام الجعفرية ص ٣٢ .

٢ — زواج المسلم ممن لاتدين بدين سماوى :ـ

لايجوز لمسلم أن يتزوج بمن لاتقر بنبى ، ولا تؤمن بكتاب منزل ، كالمشركة ، والوثنية والبوذية ، والمجوسية التى تعبد النار ، والصابئة التى تعبد النجوم (١) .

ودليل تحريم نكاح هؤلاء ، قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم » وقوله « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » وقوله عليه الصلاة والسلام فى شأن المجوس « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم » .

ويلحق بمن ذكرن المرتدة عن الإسلام ولو إلى دين سماوى لأن المرتدة لا دين لها وتحبس إلى أن تتوب أو تموت .

٣ — زواج المسلمة من غير المسلم :ـ

لايجوز بحال جواز مسلمة من غير مسلم ، كتابياً كان أو غير كتابى ، ودليل ذلك قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم » وقوله « يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهم فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لاهن حل لهم ولاهم يحلون لهن » وقد ورد عن السلف أنهم كانوا يفرقون بين الرجل الكتابى وزوجته أن أسلمت دونه ، ومثل هذا لا يكون من قبل الرأى . على أن الإجماع منعقد على عدم جواز نكاح المسلمة من غير المسلم مطلقاً ، والاجماع حجة قاطعة .

---

(١) يرى أبو حنيفة حل نكاح الصابئة على ما يراه من أنهم أهل كتابه لا يعبدون النجوم وإنما يعظمونها كتعظيم المسلمين للكعبة .

٤ — حكمة الحل والحرمة : ـ

أباح الشارع الزواج من الكتابيات لأن الكتابية تعترف بالله ، وتقر بنبي ، وتؤمن بكتاب منزل ، فهي لهذا قريبة من المسلم فى أصل العقيدة .

والزوج المسلم بالنسبة للكتابية يحترم دينها ، ولا يتعرض لها فى عقيدتها لأنه بمقتضى دينه مأمور بذلك ، فقد أمرنا أن نترك أهل الكتاب ومايدينون ، وفوق ذلك فهو يؤمن بنبيها ويصدق بكتابها ، وما دام الأمر كذلك فلا خوف من سلطان الزوج على الزوجة ، ولا خوف على الزوجية من خلاف ينشأ عن اختلاف الدين .

أما الزوجة التى لاتعترف بالله ، ولا تؤمن بنبي ، ولا تتبع شريعة سماوية ، فهذه بينها وبين المسلم فى العقيدة بون شاسع ، ومدى بعيد ، فمحال أن يلتقيا عند رأى ، أو يتفقا على أصل . والمسلم يسفه عقيدتها وهى تسفه عقيدته ، والمسلم يراها على ضلال ، وهى تراه على ضلال كذلك ، والمسلم إما أن يخلص لعقيدته فيكون حربا عليها وعلى دينها ، وإما أن يقع تحت إغراء الزوجة ، وسلطان حبه لها فيهاون فى عقيدته ، ويتسامح فى دينه ، وفى الأولى لا يمكن أن تقوم زوجية صحيحة فيها المودة والسكن . وفى الثانية يكون الخطر على عقيدة الزوج نتيجة التسامح والتهاون !! . . وقد صرح القرآن الكريم بعلة تحريم الزواج بين المسلمين والمشركين فقال « أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه » .

وأما تحريم زواج غير المسلم بالمسلمة ، فلأن غير المسلم ـ كتابيا كان أو غير كتابى ـ لا يعترف بالإسلام ، ولابنبي الإسلام . والنتيجة أنه قد ينال من عقيدتها ويستخف بدينها ، ويسخر من نبيها ، وهى ترى نفسها خيراً منه ديناً ، وأقوم عقيدة ، وبعيد أن تصبر على ذل ، أو تقيم على ضيم ،

وسوف تغضب لدينها ، وتثور لعقيدتها ، وحينئذ تسوء الزوجية ، وتفسد العلاقة .

والزوج له السلطان على زوجته شرعا وعرفا ، وقد يحاول بما له من سلطان أن يحولها عن دينها ، وقد تستجيب له خوفا على الزوجية أن تزول ، فتكون بإباحة زواجها من رجل لا يعترف بدينها قد عرضناها للزيغ والضلال !! . .

٥ — إجراءات العقد على الكتابية : ـ

لايفترق العقد على الكتابية عن العقد على المسلمة فى أية ناحية ، فكل شروط العقد التى ذكرناها سابقاً لابد من توفرها فى عقود الزواج من الكتابيات . ومايمنع صحة العقد ، أو نفاذه ، أو لزومه بالنسبة للمسلمة ، يمنع صحة العقد أو نفاذه أو لزومه بالنسبة للكتابية . وحقوق الزوجية ، وواجباتها وآثارها بالنسبة للمسلمة والكتابية سواء ، إلا ما استثنيناه فيما تقدم .

غير أنه دفعاً للتغرير بالكتابية وحرصا على مصلحتها ومستقبلها ، لم يبح القانون فى مصر للمأذونين بإجراء عقود الزواج أن يباشروا زواج المسلمين من الكتابيات ؛ وإنما كان القاضى الشرعى هو الذى يباشر هذه العقود بنفسه بعد تحريات ، وإجراءات ، وتوضيحات ، حتى تكون الكتابية على بينة من أمر الزواج من المسلم وما يترتب على ذلك من حقوق وواجبات ، مخافة أن تكون جاهلة بحقوق الزوجية وواجباتها عند المسلمين فأقدمت على الزواج وهى تحسب الأمر على ما فى دينها ،

وبعد ما يقوم به القاضى من توضيح ، ويتم تراضى الزوجين وقبولهما للزواج على أساس النظام الإسلامى ، يجرى القاضى العقد ثم يدونه فى وثيقة

مكتوبة باللغة العربية والإنجليزية والفرنسية وفى هذه الوثيقة بيان لحقوق الزوج والزوجة . والأولاد منهما .

وبعد إلغاء المحاكم الشرعية فى مصر استمر منع المأذونين من مباشرة عقود الزواج من الكتابيات . وصدر قرار من وزير العدل بشأن لائحة المأذونين فى يناير سنة ١٩٥٥ . نصت المادة ١٩ من اللائحة على أنه (لا يجوز للمأذون أن يوثق عقد الزواج إذا كان أحد الطرفين غير مسلم أو أجنبى الجنسية) . وأصبح إجراء هذه العقود وتسجيلها من اختصاص مكاتب التوثيق التابعة لوزارة العدل .

وفى العراق ، يجرى العقد على مقتضيات الشريعة الإسلامية ، وللزوجين حق تسجيله دون شىء من هذه الإجراءات التى يجرى عليها العمل فى مصر .

الفصل التاسع

زواج غير المسلمين

يقر الإسلام زواج غير المسلمين بعضهم ببعض ، سواء أكان دين الزوجين واحداً أم مختلفاً .

وعلى هذا فليس لنا أن نتدخل فيما يكون بينهم من عقود الزواج التى جرت على وفق دينهم ولو وقعت فى نظر الإسلام باطلة أو فاسدة ، لأنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون .

ولكن هناك حالات تخول لنا حق التدخل فى عقود زواجهم ، ورفع

ما فيها من مخالفات ، وإخضاعها لقوانين الزواج فى الشريعة الإسلامية . وهذه الحالات هى :

أولا — إذا كان عقد الزواج مخالفاً النظام العام للشرائع السماوية ، بحيث لا تقره شريعة ما ، كأن يتزوج غير المسلم من امرأة فى عصمة زوج آخر .

ثانياً — إذا كان فى زواج غير المسلم عدوان على حق مسلم ، كأن يتزوج من كتابية كانت متزوجة من مسلم فطلقها أو مات عنها وهى لاتزال فى عدتها منه.

فنى هاتين المسألتين يجب على كل من يعلم حال الزوجين أن يرفع أمرهما إلى القاضى حسبة ، وعلى القاضى متى علم بحالها أن يفرق بينهما فى الحال .

ثالثاً — إذا ترافع غير المسلمين إلى القاضى المسلم فى أصل عقد الزواج ، أو فى حق من حقوقه كالنفقة ، كان على القاضى أن يتدخل للقضاء بينهم . وفى هذه المسألة خلاف بين فقهاء الحنفية ، حاصله :

(أ) يشترط أبو حنيفة للنظر فى الخصومة أن يترافع الزوجان جميعاً . وقال أصحابه يكفى أن يترافع أحدهما دون صاحبه(١) .

(ب) إذا ترافعا فى أصل الزوجية ، أو فى حق من حقوقها وكان العقد موافقاً للشريعة الإسلامية ، حكم بصحته(٢) ، وبالتالى حكم بما اختلف فيه من حقوق الزوجية ، بما تقضى به الشريعة الإسلامية .

---

(١) وجهة نظر أبى حنيفة ، إن من لم يترافع لم يلتزم حكم الإسلام ، فراعاة لحقه وحفظا لحريته الدينية لا ينظر فى الخصومة . ووجهة نظر أصحابه أن من ترافع منهما التزم حكم الإسلام ، كمن أسلم ، فينظر فى أمر الزوجية ويفرق بينهما إذا كان الزواج لا يصح فى الإسلام .

(٢) نقل عن مالك الحكم بفساد العقد ولو كان موافقا للشريعة الإسلامية . وخالفه فى ذلك بعض أصحابه .

وإن كان مخالفاً النظام العام للشرائع السماوية ، أو فيه عدوان على حق مسلم حكم ببطلانه ، وفسخ فى الحال ، ولو لم يترافعا إلينا ، كما تقدم .

(ح) إذا ترافعا فى أصل الزوجية ، أو فى حق من حقوقها وكان العقد باطلا لعدم المحلية الأصلية كالزواج من المحارم ، أو كان فاسداً باتفاق بين المسلمين كالزواج من كتابية قبل انقضاء عدتها من فراق زوج غير مسلم ، أو كان فاسداً عند فريق من فقهاء المسلمين وصحيحاً عند فريق آخر كالزواج من غير شهود ، حكم ببطلان العقد ، أو فساده ، عند زفر .

وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان العقد باطلا فى نظر المسلمين ، حكم ببطلانه . وإن كان فاسداً فى نظر المسلمين فساداً متفقاً عليه ، حكم بفساده . وإن كان فاسداً عند فريق من فقهاء المسلمين دون فريق ، حكم بصحته ، وبالتالى يحكم فيما اختلف فيه من حقوق الزوجية بما تقضى به الشريعة الإسلامية .

وقال أبو حنيفة : إن كان العقد فاسداً عند فريق من فقهاء المسلمين دون فريق ، أو كان فاسداً عندهم جميعاً لتخلف شرط متفق عليه فى ابتداء العقد لا فى بقائه ، كانتهاء العدة من فراق زوج غير مسلم ، حكم بصحة العقد ، وبالتالى يحكم فيما اختلف فيه من حقوق الزوجية بمقتضى الشريعة الإسلامية .

وإن كان العقد باطلا لعدم المحلية الأصلية ، أو فاسداً باتفاق لتخلف شرط لابد منه فى ابتداء العقد وبقائه ، كما لو تزوج بخمس نسوة فى عقد واحد ، حكم ببطلان العقد أو فساده ، إن كان الترافع فى أصل الزوجية(١) . وإن كان الترافع فى حق من حقوقها ، اعتبر العقد صحيحاً ، وحكم فى الحق المختلف فيه بما تقضى به الشريعة الإسلامية .

---

(١) اختلف النقل عن أبى حنيفة وقد اخترنا ما ترجح فى نظرنا .

رابعاً — إذا أسلم الزوجان أو أحدهما طبقنا عليهم حكم الشريعة الإسلامية فيما يختص بأصل الزوجية والحقوق المترتبة عليها ، مع مراعاة الخلاف السابق بين فقهاء الحنفية فى الحكم بصحة العقد وعدم صحته(١) .

وهنا نبين حكم الشريعة فيما لو أسلم الزوجان ، أو أسلم أحدهما دون صاحبه وكان النكاح صحيحاً فى نظر الإسلام فنقول :

(أ) إذا أسلم الزوجان معاً ، أو على التعاقب بقيت زوجيتهما ، وأقرا عليها .

(ب) إذا أسلمت الزوجة وحدها . فإن كان الزوج بالغاً عاقلا ، أو صغيراً مميزاً ، أو معتوهاً مميزاً ، وعرض عليه الإسلام ، مشركا كان أو كتابياً ، فإن أسلم بقيت الزوجية وأقرا عليها ، وإلا فرق القاضى بينهما ، واعتبرت الفرقة طلاقاً بائناً ، على المعتمد من مذهب الحنفية .

وإن كان الزوج صغيراً غير مميز ، ينتظر إلى أن يصبح مميزاً يعقل الأديان ، وحينئذ يعرض عليه الإسلام ، فإن أسلم فبها ، وإلا فرق القاضى بينهما ، واعتبرت الفرقة طلاقا بائنا .

وإن كان الزوج مجنونا لا ننتظر إفاقته ليعرض عليه الإسلام ، لأن الإفاقة أمر مجهول ، لا ندرى متى يكون ، وقد تطول المدة فتتضرر الزوجة بالانتظار ، بخلاف الصبي غير المميز ، لأن وقت التمييز معلوم . وعلى هذا يعرض — لا على سبيل الوجوب — الإسلام على أبويه أو أحدهما ، فإن أسلما أو أسلم أحدهما حكم بإسلامه تبعا لمن أسلم من أبويه(٢) وبقيت الزوجية .

---

(١) راجع بدائع الصنائع ح ٢ ص ٣١٠ — ٣١٢ . وفتح القدير ح ٢ ص ٥٠٢ — ٥٠٤ .

(٢) تبعية الولد لأحد أبويه فى الإسلام تستمر إلى أن يبلغ عاقلا وبعد ذلك تنقطع التبعية .

وإن لم يسلم أحد أبويه ، أو كان فاقد الأبوين لا يعرض الإسلام على أحد من أقربائه ولو كان الجد أو الجدة ، لأن الولد لا يتبع فى الإسلام غير أبويه . وفى هذه الحالة يقيم القاضى وصيا على الزوج ثم يحكم عليه بالفرقة ، وتعتبر طلاقا بائنا .

(حـ) إذا أسلم الزوج وحده فإما أن تكون الزوجة كتابية ، وإما أن تكون مشركة ، فإن كانت كتابية بقيت الزوجية وأقرا عليها .

وإن كانت مشركة وكانت بالغة عاقلة ، أو صغيرة مميزة ، أو معتوهة مميزة عرض عليها الإسلام ، أو الدخول فى دين سماوى آخر فإن استجابت بقيت الزوجية وإلا فرق القاضى بينهما واعتبرت الفرقة فسخا .

وإن كانت صغيرة غير مميزة ، أو مجنونة ، فحكمها حكم الصغير غير المميز أو المجنون إلا أن الفرقة تعتبر فسخا ما دامت بسبب يرجع إليها(١) ، أما الجعفرية فمذهبهم فى كل ما تقدم عين مذهب الحنفية إلا أنهم خالفوا فى أمور هى :

١ — إذا وجد سبب الفرقة قبل الدخول وجب التفرق فى الحال . وإن وجد بعد الدخول ينتظر إلى مضى مدة العدة ، فإن زال سبب الفرقة قبل انتهائها بقيت الزوجية . وإن بقى السبب إلى نهايتها وجبت الفرقة ، وهذا إذا لم يكن الزوج مولوداً على الفطرة ، فإن كان مولوداً عليها وقعت الفرقة فى الحال(٢) .

---

(١) جرينا على المعتمد من مذهب الحنفية وهو أن كل إباء من قبل الزوج يعتبر طلاقا ، وكل إباء من قبل الزوجة يعتبر فسخا .

(٢) الأحكام الجعفرية ص ٧٨ .

٢ — تعتبر الفرقة فسخا ، سواء أكانت بسبب من الزوج أم بسبب من الزوجة .

٣ — تقع الفرقة من تلقاء نفسها ، وليست متوقفة على قضاء القاضى .

٤ — إن كان الصغير أو المجنون فاقد الأبوين وله جد يتولى تربيته ويقوم على شئونه ، فالأشبه أنه يكون تابعا له فى الدين ، وحينئذ يعرض الإسلام على الجد كما يعرض على الأبوين .

هذا . وينبغى ملاحظة ما يأتى : ـ

أولا ـ لو أسلم أحد الزوجين دون صاحبه ثبت له كل حقوق الزوجية التى تكون للمسلم ، وألزم غير المسلم بالوفاء بها .

ثانيا ـ تعتبر الزوجية قائمة قبل تفريق القاضى ، فللزوجة مثلا النفقة ، ولها كل المهر لو ماتت أو مات الزوج ، ولكن لا يتوارثان لاختلاف الدين .

ثالثا ـ لا يشترط لتحقق إسلام من أسلم بعد كفر أن يشهد على إسلامه أو يسجله وإنما يقصد من ذلك حفظ الحقوق لا غير .

رابعا ـ يتحقق الإسلام بالنطق بالشهادتين ، ولكن يشترط ألا يقارن ذلك شىء مما يدل على أنه لا يزال على عقيدته الأولى ، ونصوص علماء الإسلام صريحة فى أن من نطق بالشهادتين وقارن ذلك أمارات تكذيبه لا يعتبر مسلما ، ولا تجرى عليه أحكام المسلمين .

ولكن بعض ذوى الأغراض الفاسدة يتخذون من إشهار إسلامهم حيلة للزواج أو للطلاق ، وهم فى سريرة أنفسهم على دينهم القديم ، فيجب العمل على وقف هذا التحايل ، ويجب عدم الاعتراف بإسلام كل من يتخذ الإسلام وسيلة لتحقيق غرض معين وهو لا يزال متمسكا فى واقع الأمر بتعاليم دينه ومظاهره !! . . .

الفصل العاشر

فى : إثبات الزوجية

١ — طرق الإثبات : —

تثبت الزوجية بواحد من ثلاثة : (١) الإقرار (٢) البينة (٣) النكول عن اليمين فإن ادعى رجل الزواج على امرأة ، أو ادعت امرأة الزواج على رجل ، فإما أن يقر المدعى عليه بالزوجية وحينئذ تثبت بتصادق المدعى والمدعى عليه . وإما أن ينكر ، وحينئذ يطلب من المدعى إقامة البينة على دعواه ، فإن أقامها ثبتت الزوجية ، وإن عجز عن إقامتها يطلب من المدعى عليه وهو المنكر ، أن يحلف على عدم صحة الدعوى فإن حلف رفضت دعوى الزوجية ، وإن نكل عن اليمين ثبتت الزوجية بنكوله — وإليك التفصيل :

أولا — الإقرار : إذا ادعى رجل (١) على امرأة أنها زوجته فقد أقر بذلك على نفسه ، وحينئذ فلابد لثبوت الزوجية من تصديق المرأة له وإقرارها على نفسها بالزوجية منه . وهذا التصادق من الطرفين يعتبر تقريراً للواقع وإثباتاً لزوجية وقعت من قبل ، ولا يعتبر إنشاء للعقد ، وإلا لكان محتاجاً إلى الإشهاد عليه ، ولم يقل به أحد .

والإقرار لا تثبت به الزوجية إلا إذا توافرت فيه الشروط الآتية :

١ — أن يكون المقر بالغاً عاقلا ، فإقرار الصبي غير المميز ، وإقرار المجنون غير صحيح . وإقرار الصبى المميز ، والمعتوه غير نافذ .

---

(١) نكتفى بتصوير الدعوى من جانب الرجل ، حيث لا يخفى أن المرأة والرجل فى ذلك سواء .

٢ — ألا يوجد مانع شرعي من قيام الزوجية ، كأن يكون المدعي متزوجاً من أخت المدعى عليها ، أو يكون متزوجا من أربعة سواها ، أو تكون المدعى عليها في عصمة رجل آخر .

٣ — أن تصدق المرأة الرجل في دعواه ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره ، فلابد من تصديق المرأة له .

هذا — ويستوي في صحة الإقرار ونفاذه كونه في حالة الصحة أو في حالة المرض ، غير أنه — في رأي أبي حنيفة والجعفرية — إن كان المقر هو الرجل ثبتت الزوجية بتصديق المرأة له في حياته ، أو بعد وفاته ما دامت في العدة ، واستحقت ميراثها، في تركته ، لأن آثار الزوجية باقية بعد الموت ، ولذا جاز لها أن تغسله بعد موته .

وإن كان المقر هو المرأة ثبتت الزوجية بتصديق الرجل لها في حياتها . وبعد موتها لا يصح تصديقه ، لأن الزوجية زالت وزالت آثارها ، ولذا كان له أن يتزوج من أختها إثر موتها .

ويرى أبو يوسف ومحمد أنه يصح تصديق الرجل بعد موت المرأة ، وتصديق المرأة بعد موت الرجل .

ثم إنه قد يحدث أن يقر بالزوجية ولي الصغير أو الصغيرة أو من في حكمها فهل يقبل هذا الإقرار أو لا ؟ .

ذهب أبو يوسف ومحمد والجعفرية إلى أنه يقبل الإقرار وينفذ عليهما ، لأنه إقرار بفعل نفسه. واختلف النقل عن أبي حنيفة ، فقيل إنه لا يقبل إقرار الولي مطلقاً ، لا أثناء الولاية ولا بعدها ، وقيل يقبل أثناء الولاية لا بعدها .

ثانياً — البينة : إذا ادعى رجل الزواج على امرة وأنكرت ، كان على الرجل أن يقيم البينة أمام القاضى لتشهد على صحة دعواه بشرط أن تكون البينة رجلين أو رجلا وامرأتين ،وبشرط أن تتوفر فيهم شروط قبول الشهادة فإن أقام البينة قضى بالزوجية بناء على هذه الشهادة .

ثالثاً — النكول عن اليمين : إذا عجز الرجل عن إقامة البينة وجهت اليمين إلى المرأة فإن حلفت رفضت دعوى الزوجية . وإن نكلت عن اليمين قضى عليها بزوجيتها من المدعى (١) على المفتى به من مذهب الحنفية .

وقال الجعفرية والشافعية . إذا نكل المنكر عن اليمين ردت على المدعى، فإن حلف قضى له ، وإن نكل ردت دعواه .

٢ — تسجيل العقد : —

عقود الزواج من الناحية الشرعية ليست فى حاجة إلى تسجيلها ، ولا تتوقف صحتها شرعاً ولا قانوناً على ذلك مطلقا . ولكن نظراً لكثرة دعاوى الزواج الكيدية جرى العمل فى مصر على أنه لابد من تسجيل عقود الزواج فى وثائق خاصة ،توضع نسخة منها بيد الزوج ،وأخرى بيد الزوجة ، وثالثة بالسجلات الرسمية حتى تكون حجة قاطعة فى إثبات الزوجية .

غير أن المشرع الوضعى فى مصر اشترط فى تسجيل عقود الزواج ألا يقل سن الزوج عن ١٨ سنة ، وسن الزوجة عن١٦ سنةمن وقتدعوى الزوجية .

كما اشترط على المأذونين بإجراء عقود الزوج ألا يعقدوا عقداً إلا إذا بلغ الزوجان السن المذكورة . وغرض المشرع من وراء هذا تحقيق مصلحة

---

(١) القضاء بالزوجية بناء على النكول عن اليمين مذهب الصاحبين . ومذهب أبى حنيفة أنه لا يوجه اليمين إلى منكر الزوجية لأن النكول ليس إقرارا عنده ، وإنما هو من قبيل البذل ، والبذل يجرى فى الأموال لا فى الزواج .

اجتماعية بحت،لأن الرجل والمرأة إذا ما بلغا هذه السن كمل نضوجهما الجسمانى والعقلى ، فتؤمن العاقبة على صحة الزوجين ، وعلى الحياة الزوجية .

على هذا جرى العمل فى مصر بالنسبة لتوثيق عقود الزواج . كما جرى العمل على أنه لا تقبل دعاوى الزوجية عند الإنكار ، ولا ينظر فيها إلا إذا كان هناك وثيقة رسمية تثبت ذلك . وغرض المشرع من ذلك أن يحمل الناس على توثيق عقود الزواج حتى يحفظ حقوق الزوجين بصيانة العقد عن الجحود والإنكار ، فقد يجحد أحد الزوجين الزواج ويعجز الآخر عن إثباته فتضيع حقوق ، وتنشأ مشاكل ، ولو كانت هناك وثيقة رسمية لوصل كل إلى حقه .

كما أن تسجيل العقد ، وعدم قبول دعوى الزوجية إلا بناء عليه منع أصحاب المقاصد الدنيئة ، والنوايا السيئة من دعاوى الزوجية الكاذبة بغية الكيد ، أو الوصول إلى حق غير مشروع ، فقد كان من السهل أن يدعى رجل زوجية امرأة وهو كاذب ، وكان من السهل أن يأتى بشهود الزور على دعواه فيحكم له ، فلما كان هذا التشريع ، قضى على ألاعيب بعض الناس ، وما كان أكثرها وأسهلها .

وفى العراق ، تجرى عقود الزواج على الطريقة الشرعية دون تقيد ملزم بسن معينة للزوج والزوجة . كما أن التسجيل لعقود الزواج موجود لا على سبيل الإلزام ، فمن أراد الحيطة لنفسه سجل زواجه ومن لا يسجل فلا مسئولية عليه ، كما أن دعوى الزوجية تنظر دون توقف على وثيقة رسمية فإن أثبت مدعى الزوجية دعواه بطريقة من طرق الإثبات الشرعية السابقة قضى له ، ومن عجز ردت دعواه .

الباب الثالث

فى : حقوق الزوجية

(١) حقوق الزوجة على زوجها (٢) حقوق الزوج على زوجته
(٣) الحقوق المشتركة بين الزوجين .

الفصل الأول

فى : حقوق الزوجة على زوجها

(١) المهر (٢) النفقة (٣) عدم الإضرار بالزوجة (٤) العدل فى القسم عند الزوجات .

الحق الأول : المهر

١ — تعريفه : —

المهر ، حق مالى أوجبه الشارع على الزوج لزوجته بسبب العقد عليها أو الدخول بها ـ وهو حكم من أحكام الزواج مترتب على العقد ، وليس شرطاً فى صحته ، ولذا يصح الزواج ولو اتفق الزوجان على ألا مهر ، أو لم يذكراه وقت العقد . والدليل على ذلك قوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة . . . » حيث حكم بصحة الطلاق عند عدم تسمية المهر ، والطلاق لا يصح إلا بناء على صحة العقد . وما روى من أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه سئل عن امرأة مات عنها زوجها ولم يكن قد فرض لها مهراً ، فقال أجتهد برأيى فإن أصبت فمن الله ، وإن أخطأت

فمن ابن أم عبد - أرى لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط ، فقام رجل يقال له معقل بن سنان وقال : إنى أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع بنت واشق الأشجعية مثل قضائك هذا ، ثم قام ناس من أشجع وقالوا : نشهد مثل شهادته ، ففرح عبد الله بن مسعود فرحا لم يفرح مثله فى الإسلام حيث وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم (١) .

والمهر واجب لا على أنه عوض وبدل عن ملك استمتاع الزوج بزوجته، كما فهم البعض ، وإنما شرع على أنه هدية لازمة ، وعطية مقررة ، إظهاراً لشرف عقد الزواج وماله من خطر ومكانة . ويشهد لهذا قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » أى عطية عن طيب خاطر . وإلى هذا الفهم مال الكمال ابن الهمام حيث يصرح بأن المهر (وجب شرعاً . . . إبانة لشرف المحل . . . ولم يشرع بدلا كالثمن والأجرة ، وإلا لوجب تقديم تسميته) (٢) .

٢ — دليل وجوب المهر :

والدليل على وجوب المهر قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » والأمر للوجوب ، وقوله « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » ، وقوله « قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم » ، وما تقرر من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخل زواجا من مهر ، وما انعقد عليه الإجماع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا ، ومن وجوب المهر للزوجة على زوجها .

٣ — لم كان المهر على الزوج دون الزوجة ؟ :-

وإنما كان المهر على الزوج دون الزوجة لأن ذلك يتمشى مع طبيعة الحياة،

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٧٥ .

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٤٣٤ .

فالرجل يعمل لكسب المال ، والمرأة تقوم على مصالح البيت ، فكان البذل على صاحب الكسب هو العدالة المتمشية مع قانون الحياة العام .

والمرأة التى تنتقل إلى بيت الزوجية تحتاج إلى مال تستقبل به حياتها الجديدة ، وتستعين به على كسوتها وزينتها ، وذلك كله من أجل الزوج ، فكان البذل من جانبه هو منطق العدالة .

والمهر من جانب الرجل للمرأة ، يشعر بعزتها وينبىء عن أنها شىء لاينال إلا بالبذل والعطاء ، ومنطق الواقع يقرر : أن ماصعب مناله عز فى أعين الناس ، وما سهل مناله هان على الناس ، ومتى عزت الزوجة فى عين زوجها ، كان أحرص عليها ، وأخلص لها .

والرجل الذى جعل الشارع الطلاق بيده ، لو تزوج المرأة دون أن يبذل لها المهر ، لهان عليه طلاقها لأتفه الأسباب ، لأنه ما بذل شيئاً فى زواجه منها ، وسوف لايبذل شيئاً فى زواجه من غيرها ، فكان المهر من عوامل الحرص على الزوجة وعدم التفريط فيها .

والرجل إذا ما التزم بمهر الزوجة ، كان ذلك رمزاً إلى أنه سيتحمل عنها تكاليف الحياة ، وسيقوم من جانبه بالإنفاق عليها ، وبذلك تطمئن نفسها إلى حياتها الجديدة .

٤ — سبب وجوب المهر : ـ

يجب المهر على الرجل بواحد من أمرين :

الأول : العقد الصحيح ، وبه وحده يجب المهر على الزوج وجوباً غير غير مستقر ، فقد يثبت كله ، وقد يثبت نصفه ، وقد يسقط كله إلى بدل ، وقد يسقط كله لا إلى بدل .

الثانى : الدخول الحقيقى ، فمن تزوج امرأة زواجا فاسداً ، لاتستحق

المهر بمجرد العقد ، ولكن لو دخل بها بناء على هذا العقد وجب لها المهر بما استحل منها ، وكذا من وطيء امرأة بشبهة وجب عليه المهر لأن كل وطء فى دار الإسلام لا يخلو عن حد أو مهر ، ولا حد للشبهة فوجب المهر ، كما تقدم .

٥ — أنواع المهر :ـ

المهر نوعان أحدهما : المهر المسمى ، وهو ماسمى عند العقد تسمية صحيحة وتراضى عليه الزوجان.

ثانيهما : مهر المثل ، وهو مهر امرأة تماثلها ، أو تقاربها من قوم أبيها كأختها أو عمتها ، أو امرأة من أسرة فى مستوى أسرتها . ولا يعتبر مهر المثل بمهر أمها أو خالتها إلا إن كانتا من قوم أبيها . وعند الجعفرية يعتبر مهر المثل بقوم أبيها وبقوم أمها ، ولا يجاوز خمسمائة درهم ، فإن زاد على ذلك اقتصر على خمسمائة (١) .

والمماثلة تكون فى الجمال ، والسن ، والبكارة ، والثيوبة ، والخلو من الولد ، والخلق ، والعقل ، والعلم ، والتدين ، والمال . ويجب مراعاة الزمان والمكان كما يجب مراعاة حال الزوج وصفاته ، فإن المهر يزيد وينقص تبعاً لما عليه الزوج من صفات .

ومقدار مهر المثل قد يتفق عليه الزوجان ، وقد يختلفان فيه ، فإن اتفقا على أنه مائة دينار مثلا ، كانت هى المهر . وإن اختلفا ، كأن ادعت الزوجة أن مهر مثلها مائه فقط ، فأيهما أقام البينة (٢) على دعواه قبلت ، لأن كل واحد

---

(١) مسائل الخلاف جـ ٢ ص ٧٩ .

(٢) يشترط كون البينة رجلين أو رجلا وامرأتين ، وتشترط العدالة لأنها شهادة على مال .

يعتبر مدعياً ومنكراً . وإن أقاماها جميعاً ، قدمت بينة الزوجة لأنها تدعى الزيادة وإن عجزا عنها معاً ، فالقول قول الزوج مع يمينه لأنه ينكر الزيادة . وإن نكل عن اليمين ، حكم بما تدعيه الزوجة .

٦ — مقدار المهر :ـ

اتفق فقهاء المسلمين على أنه ليس للمهر حد أعلى لأنه لم يرد عن الشارع نص فى ذلك ، ولا تحديد إلا بنص . والأولى عدم المغالاة فى المهور حتى لاتصد الناس عن الزواج . وخير الصداق أيسره .

أما الحد الأدنى للمهر فذلك محل خلاف بين الفقهاء .

فذهب الحنفية إلى أن أقل حد للمهر عشرة دراهم من الفضة أو ماقيمته ذلك . وتقدر العشرة دراهم بالنقد المصرى بخمسة وعشرين قرشاً ، وبالنقد العراقى بمائتين وخمسين فلسا . ودليلهم على هذا قوله صلى الله عليه وسلم « لا مهر أقل من عشرة دراهم » وقياسهم بضع المرأة على يد السارق ، فكما لا يستحل قطع اليد فى أقل من عشرة دراهم ، فكذا لا يستحل البضع فى أقل منها .

وذهب المالكية إلى أن أقل المهر ربع دينار ، أو ثلاثة دراهم من الفضة. أو ماقيمته ذلك . ودليلهم على هذا ما ثبت عندهم من أن عبد الرحمن بن عوف تزوج على وزن نواة من ذهب ، وهو يساوى ربع دينار . قالوا : وربع الدينار مال محترم ، وهو أقل ماتقطع فيه يد السارق . فكذا يجب أن يكون أقل مايستحل به بضع المرأة .

وذهب الشافعية والحنابلة والجعفرية إلى أنه لاحد لأقل المهر ، بل كل ما يطلق عليه اسم المال يصح أن يكون مهراً ، قل أو كثر. واستدلوا لمذهبهم

بقوله تعالى «... وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ...» ولفظ الأموال مطلق غير مقيد لا بعشرة ولا بثلاثة ولا بغير ذلك ، وبما رواه سهل بن سعد الساعدى من أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ، قد وهبت لك نفسى ، فقامت قياماً طويلا ، فقام رجل فقال : يا رسول الله ، زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله علية وسلم : وهل عندك شيء تصدقها إياه ؟ فقال : ماعندى إلا إزارى هذا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك ، فالتمس شيئاً ، فقال : ما أجد شيئاً ، فقال : التمس ولو خاتماً من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: هل معك من القرآن شيء ؟ قال نعم ، سورة كذا وسورة كذا ، لسور يسميها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : قد زوجتكها بما معك من القرآن . فقوله عليه الصلاة والسلام (التمس ولو خاتما من حديد) يدل على أنه لا تحديد لأقل المهر ، لأن خاتم الحديد لا يساوى عشرة دراهم ولا ثلاثة ولا درهما .

والحنفية ومن يوافقهم على تحديد حد أدنى للمهر ، يحملون هذا الحديث على الخصومة لهذا الرجل ، أو يحملونه على معجل المهر . وهذا تأويل بعيد .

والحق أن ماذهب إليه الشافعي ومن معه أرجح من جهة الدليل لأن حديث الواهبة نفسها أصح ما روى فى باب المهر . وأما قوله عليه السلام (لا مهر أقل من عشرة دراهم) فهو جزء من حديث لفظه « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم » . وهو حديث ضعيف لا يحتج به ، والحنفية أنفسهم تركوا العمل به فى باب الولاية وعدالة الشهود ، فكيف يأخذون به فى باب المهر ؟

٧ – ما يصلح مهراً وما لا يصلح :-

كل ما هو مال كالنقدين (الذهب والفضة) ، والعقار المنقول والحيوان ، يصح أن يكون مهراً ، ما دام معلوماً لا تقل قيمته عن عشرة دراهم عند الحنفية . وكذا الدين ، فلو تزوجها على مائة دينار على فلان ، صح ولها حق مطالبة المدين أو الزوج .

وكذا يصح أن يكون المهر منفعة مقدرة بمال كما لو تزوجها على أن تنتفع بزراعة أرض معينة أو بسكنى دار معينة .

وكذا يصح أن يتزوجها على أن يكون مهرها أن يعلمها القراءة والكتابة مثلا أو أن يعلمها سوراً من القرآن ، على المفتى به من رأى متأخرى الحنفية وبه قال الجعفرية .

وكذا يصح أن يتزوجها على أن يقوم بإدارة مزرعة ، أو مصنع لها ، أو يشرف على أى شأن من شئونها التى يزاول مثلها – عادة – بمال ، والتى لا يكون فيها امتهان لكرامة الزوج ، ما دام العمل معلوماً والمدة معلومة كذلك . وقال الجعفرية يجوز أن تكون منافع الحر مهراً ، واستثنى بعضهم من ذلك إجارته ، وقالوا هى خصوصية لموسى عليه السلام(١) .

ولا يصح – باتفاق – أن يكون مهراً كل ما ليس مالا ولا متقوماً بمال فى ذاته كالميتة والدم ، وكذا كل ما ليس بمال فى حق المسلم كالخمر والخنزير ، ولو كانت الزوجة كتابية .

وكذا لا يصح أن يكون مهراً كل ما لحقته الجهالة الفاحشة ، كما لو تزوجها على عشرة أرادب ولم يبين كونها من القمح أو الشعير مثلا . أما الجهالة اليسيرة

---

(١) مسائل الخلاف حـ ٢ ص ٧٦ . والمختصر النافع ص ١٢ .

فلا تضر فلو تزوجها على عشرة أرادب من القمح ولم يبين وصفها كان لها الوسط من ذلك أو قيمته .

وكذا لا يصح أن يكون مهراً كل منفعة لا تقابل بمال كما لو تزوجها على أن يكون مهرها طلاق زوجته السابقة ، أو على ألا يتزوج عليها .

وكذا لا يصح أن يكون المهر خدمة الزوج زوجته بما يؤدى إلى امتهانه وضياع كرامته ، كما لو تزوجها على أن يقوم بخدمتها أو بخدمة البيت(١) .

ويجب أن يلاحظ أن فساد تسمية المهر لا يؤدى إلى فساد العقد ، بل العقد صحيح ما دام مستوفياً شروط الصحة ، والواجب هو مهر المثل .

٨ — تعجيل المهر وتأجيله :ـ

يجب المهر للزوجة بمجرد حصول العقد الصحيح ، ولكن لا يلزم أن يكون حالا ، بل يجوز تعجيله كله ، وتأجيله كله ، وتعجيل بعضه وتأجيل بعضه ، ودفعه على أقساط فى مدد معلومة ، حسب اتفاق الزوجين ، أو من يتولى العقد عنهما . وإن لم يكن هناك اتفاق على شىء من ذلك جرى الأمر على ما عليه عرف البلد الذى أجرى فيه العقد ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

وعلى ما تقدم ، فإن اشترط تعجيل كل المهر لزمه أداؤه قبل الدخول ، وللزوجة ألا تدخل فى طاعته إلا بعد أدائه المهر .

وإن اشترط تأجيله كله ، فليس للزوجة أن تمتنع من الدخول فى طاعته

---

(١) ذهب محمد بن الحسن إلى أنه لو تزوجها على أن يكون مهرها خدمته لها صحت التسمية ولها قيمة الخدمة فقط .

وعليه أداء المهر عند حلول الأجل إذا كان وقته محدداً(١) . وإن كان الأجل مجهولا جهالة فاحشة ، كأن قال : المهر مؤجل ، أو مؤجل إلى وقت اليسار لا يكون مؤجلا ، ووجب تعجيله(٢) .

وإن اشترط تعجيل البعض وتأجيل البعض لزمه أداء المعجل قبل الدخول ، وأداء المؤجل عند حلول الأجل إن كان محدداً ، فإن لم يعين وقتاً لأداء المؤجل أو كان الأجل مجهولا جهالة فاحشة ، فقيل يلغى الأجل ويجب تعجيله ، وقيل يؤجل إلى أحد الأجلين الطلاق أو الموت .

٩ — أصحاب الحق فى المهر : ــ

قد يبدو أن الزوجة هى صاحبة الحق وحدها فى مهرها ، ولكن واقع الأمر أن المهر له حالتان ، حالة ابتداء ، وحالة بقاء .

أما فى حالة الابتداء : فالمهر يتعلق به حق الله ، وحق الزوجة ، وحق الأولياء .

فحق الله ، وجوب لا يقل عن عشرة دراهم عند الحنفية ، ولا يملك أحد إسقاط هذا الحق ، فلو حصل زواج على ألا مهر ، أو على مهر دون عشرة دراهم ، وجبت العشرة حتما على الزوج لزوجته .

وحق الزوجة مهر مثلها ، فلو زوجها وليها بأقل منه كان لها حق المطالبة بالزيادة إلى مهر المثل ، أو فسخ الزواج .

وحق الأولياء مهر المثل أيضا ، فلو زوجت البالغة العاقلة نفسها بأقل من

---

(١) إذا طلقها الزوج قبل حلول الأجل فليس لها حق المطالبة حتى يحل الأجل . وإن مات قبل حلول الأجل فلها حق مطالبة الورثة بعد الموت دون انتظار الأجل لأن التأجيل حق لا يورث .

(٢) فتح القدير جـ٢ ص ٤٧٣ .

مهر مثلها كان لأوليائها ـ عند الحنفية ـ حق المطالبة بالزيادة إلى مهر مثلها أو فسخ الزواج . خلافا للجعفرية الذين لا يرون الأولياء حقا فى المهر ما دامت المرأة عاقلة بالغة .

وأما فى حالة البقاء : فإذا تم العقد وتقرر المهر ، كان المهر حق الزوجة وحدها ، تتصرف فيه كما تتصرف فى سائر أموالها ، فإن تنازلت عنه كله أو بعضه فليس لأحد مطلقا حق الاعتراض على تصرفها ، ما دامت بالغة عاقلة رشيدة .

١٠ — المهر الواجب : ـ

المهر الواجب يختلف باختلاف التسمية وجوداً وعدما ، وباختلاف مقدار المسمى . فتارة يكون الواجب للزوجة هو المسمى ، وتارة يكون الواجب مهر المثل ، وتارة يكون الواجب الأقل من المسمى ومهر المثل ، وتارة يكون الواجب هو عشرة دراهم (أقل المهر عند الحنفية) .

فيجب المسمى إذا توفرت الشروط الآتية :

(١) أن يكون العقد صحيحا (٢) أن تكون التسمية صحيحة (٣) ألا يكون المسمى أقل من عشرة دراهم عند الحنفية ، أو ما جعل حداً أدنى عند غيرهم .

ويجب مهر المثل ، فى الحالات الآتية :

١ — إذا نفى المهر عند العقد بأن تزوجها على ألا مهر لها .

٢ — إذا لم يسم المهر عند العقد ، كأن قال زوجينى نفسك فقالت قبلت .

٣ — فى نكاح المفوضة وهى التى فوضت أمر نفسها للزوج ، وذلك كأن يتزوج امرأة بلا مهر مسمى عند العقد ، ثم تطالب الزوج بعد العقد وقبل الدخول بأن يفرض لها مهراً ، فإن امتنع ، أو فرض لها مهراً لم ترض به ، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضى ، والقاضى يأمره بالفرض ، فإن امتنع فرض لها القاضى مهر مثلها .

٤ — فى نكاح الشغار(١) ـ وقد مر تعريفه ـ وهذا النكاح صحيح عند الحنفية، ويجب فيه مهر المثل . وفاسد عند الشافعية والمالكية(٢) والحنابلة والجعفرية ، ومنشأ الخلاف بين الحنفية وغيرهم من الفقهاء قوله عليه الصلاة والسلام (لا شغار فى الإسلام) فالحنفية يقولون علة النهى عدم تسمية المهر، والإجحاف بحق المرأة ، وهذا أمر يمكن تداركه بجعل الواجب لكل من المرأتين مهر المثل . وغير الحنفيه يقول : إن النهى يقتضى الفساد ، وعلة الفساد فى الشغار أنه عقد زواجين فى عقد واحد ، وهو غير جائز .

٥ — إذا زوجت العاقلة البالغة نفسها بأقل من مهر مثلها واعترض وليها، وجب مهر المثل عند الحنفية . وكذا إذا زوجها وليها بأقل من مهر مثلها ولم ترض به ، وجب لها مهر المثل باتفاق بين الحنفية والجعفرية .

٦ — إذا سمى لها ما لا قيمة له أصلا كالميتة والدم ، أو ما لا قيمة له فى نظر الإسلام كالخمر والخنزير .

٧ — إذا كان المسمى مجهولا جهالة فاحشة كأن تزوجها على عشرة قناطير ولم يبين نوعها ، أما إن كانت الجهالة يسيرة بأن بين النوع ولم يبين الوصف فلها الوسط أو قيمته ، كما تقدم .

ويجب الأقل من المسمى ومهر المثل فيما يلى :

إذا كان عقد الزواج فاسداً ، وسمى لها الزوج المهر تسمية صحيحة ، ودخل بها دخولا حقيقياً . فى هذه الحالة يجب للزوجة الأقل من المسمى ومهر المثل ، فلو كان المسمى مائة دينار ، ومهر مثلها مائة وخمسون ، فلها

---

(١) مأخوذ من قولهم شغر المكان إذا خلا ، وذلك لخلو العقد من المهر .

(٢) نكاح الشغار عند المالكية على أقسام وكلامنا عن الشغار الذى يجعل فيه كل من المرأتين مهر الأخرى .

المائة فقط ، حيث رضيت بها وتعتبر مسقطة للزيادة ، وإن كان المسمى مائة وخمسين ، ومهر مثلها مائة ، فلها المائة فقط ، لأن مهر المثل هو الواجب حيث فسدت التسمية بفساد العقد . وقال زفر يجب مهر المثل قل أو أكثر لأن التسمية فاسدة فلا يلتفت إليها مطلقاً .

ويجب عشرة دراهم فيما يلى :

إذا كان المهر المسمى أقل من عشرة دراهم ، ورضيت به الزوجة وأولياؤها وجب أن نرفع المهر إلى العشرة لأنها حق الله ، ولا يملك أحد إسقاطه . وقال زفر : تسمية ما دون العشرة غير معتبرة شرعاً ، فهى فاسدة ، وإذا فسدت يصار إلى الأصل ، وهو مهر المثل .

١١ — الزيادة على المهر والحط منه : —

إذا تم عقد الزواج ، وتراضى الزوجان على مهر معين ، جاز للزوج أن يزيد فى مهر الزوجة ، سواء أكانت الزيادة من جنس المهر أم من غير جنسه ، والتحقت الزيادة بأصل المهر وأخذت حكمه فى كثير من الأحوال . وكذا يجوز للزوجة أن تحط عن الزوج كل المهر أو بعضه . والأصل فى ذلك قوله تعالى « . . . ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة » . ولكن يشترط لكل من الزيادة والحط شروط لابد منها وإليك بيانها :

شروط الزيادة فى المهر :

١ — أن يكون الزوج أهلا للتبرع ، وذلك بأن يكون عاقلا بالغاً رشيداً. وللولى - إن كان الأب أو الجد - أن يزيد فى مهر من فى ولايته ، وليس ذلك لغيرهما من الأولياء ، لأن الأب والجد لوفور شفقتهما ينظران إلى مصلحة فوق الزيادة وهما غير متهمين فى تصرفهما .

٢ — أن تكون الزيادة برضا الزوج أو وليه ، ومع الإكراه لا تصح .

٣ — أن تكون الزيادة معلومة ، فلو كانت مجهولة كأن قال لها زدتك في مهرك لا تصح .

٤ — أن تقبل الزوجة أو وليها الزيادة في المجلس الذي حصلت فيه .

٥ — أن تكون الزيادة حال قيام الزوجية حقيقية أو حكما ، فلو زادها في عدتها من طلاق رجعي صحت الزيادة ، وإن زادها بعد انقضاء عدة الرجعي، أو في عدتها من طلاق بائن لا تصح الزيادة .

٦ — أن تكون الزيادة حال الصحة ، فإن كانت في مرض الموت لا تصح، لأنها تكون وصية والزوجة وارثة ، والوصية لوارث لا تجوز ، خلافاً للجعفرية فإنهم يقولون بصحة الزيادة في مرض الموت ما دامت في حدود الثلث بناء على ما تقرر عندهم من صحة الوصية للوارث .

شروط الحط من المهر :

وللزوجة وحدها ، دون أحد من أوليائها ولو كان الأب أو الجد [١] ، أن تحط مهرها كله أو بعضه عن زوجها بشروط :

١ — أن تكون الزوجة من أهل التبرعات بأن تكون بالغة عاقلة رشيدة .

٢ — أن يكون الحط برضاها .

٣ — أن يكون المقدار الذي حطته عن الزواج معلوماً .

٤ — ألا يرفض الزوج ما حطت الزوجة عنه . ولا يشترط قبوله للحط

---

(١) يجوز الجعفريه للأب أن يحط من مهر الصغيرة إذا راعى مصلحة تعود عليها . وإنما أباح الحنفية للأب والجد الزيادة في مهر الصغير ومن في حكمه دون الحط من مهر الصغيرة ومن في حكمها ، لأن عرف الناس جرى على الزيادة في المهر لما يترتب عليها من زيادة في متاع البيت مثلا ولم يجر العرف على الحط من مهر الزوجة : لأنه لا مصلحة ترجى من وراء ذلك .

صراحة ، لأن الحط ليس تمليكا ، وإنما هو إسقاط وإبراء ؛ فيكفى أن يسكت ولا يرفض .

٥ — أن يكون الحط حال صحتها ، لا فى مرض الموت ، خلافاً للجعفرية كما تقدم .

٦ — أن يكون المهر ديناً ثابتاً فى الذمة فلو كان مهرها مائة دينار فحطت خمسين صح . أما إن كان المهر من الأعيان التى لا تثبت فى الذمة ، كما لو تزوجها على دارين معينتين فحطت عنه إحداهما لا يصح لأن الحط إبراء وهو لا يلحق إلا الديون الثابتة فى الذمة . فإن أرادت الزوجة أن تعفى الزوج من المهر أو من بعضه فعليها أن تهبه له هبة صريحة . هذا ماذهب إليه الحنفية أما الجعفرية فيرون أن الحط يلحق الأعيان كما يلحق الديون ، ونرى أن ما ذهب إليه الجعفرية أولى بالقبول ، لأن الحنفية تمسكوا بالمصطلحات الفقهية ، ولم يلتفتوا إلى المقاصد والنيات ، فالمرأة حينما تحط عن الزوج كل المهر أو بعضه لا يدور بخلدها أن المهر يقبل الإبراء أو لا يقبل ، وإنما كان قصدها إعفاء الزوج من حق وجب عليه فلم لا يكون صحيحاً ؟

١٢ — متى يتأكد وجوب كل المهر للزوجة ؟ : —

تقدم أن المهر يجب للزوجة بمجرد العقد الصحيح وجوباً غير مستقر فقد يتأكد وجوبه كله ، وقد يجب نصفه فقط ، وقد يسقط كله إلى بدل وهو المتعة ، وقد يسقط كله لا إلى بدل .

فيتأكد وجوب كل المهر للزوجة بواحد من ثلاثة :

الأول . موت أحد الزوجين بعد العقد الصحيح وقبل الدخول المعتبر شرعا ، وعليه فلو مات الزوج قبل تسليم المهر للزوجة . أخذت كل مهرها من تركته ، ولو ماتت الزوجة قبل أن تتسلم المهر أخذ ورثتها المهر من الزوج

بعد إسقاط نصيب الزوج باعتباره وارثاً . وإنما يتأكد وجوب كل المهر بالموت . لأن الموت ينهى الزوجية ، وإذا ما انتهت أخذت حكمها كاملا حيث لم تعد قابلة لفرقة من قبل الزوج تنصف المهر ، أو من قبل الزوجة تسقطه بتمامه . وقال الجعفرية إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول ولم يكن المهر مسمى وقت العقد ولا بعده ، فلا مهر ولا متعة .

الثانى : الدخول الحقيقى ، فإذا دخل الزوج بالزوجة دخولا حقيقياً تقرر لها كل المهر ، لأنه بالدخول الحقيقى استوفى الزوج حقه فى المتعة ، فوجب عليه أداء المهر كاملا ، ولا يسقط بعد الدخول بالفرقة ولو بسبب من الزوجة ، وإنما يسقط بالأداء ، أو الإبراء .

الثالث : الخلوة الصحيحة ، ويعبر عنها بالدخول الحكمى ، وهو أن يجتمع الزوجان فى مكان آمنين من اطلاع الغير عليهما ، وألا يكون هناك مانع حسى ، أو طبيعى ، أو شرعى يمنع من الدخول الحقيقى ، فالمانع الحسى ، كوجود شخص ثالث معهما ولو نائماً أو أعمى أو طفلا مميزاً . والمانع الطبيعى ، كالمرض الذى يمنع المخالطة الزوجية . والمانع الشرعى ، كأن يكون أحد الزوجين أو كلاهما صائماً فى رمضان أو تكون الزوجة حائضاً أو نفساء .

فإذا تمت الخلوة الصحيحة بين الزوجين ، كان لها حكم الدخول الحقيقى فى تأكد وجوب المهر كله عند الحنفية ما دام العقد صحيحاً ، لأن الزوجة مكنت زوجها من نفسها ولم يكن منها ما يمنع الزوج من استيفاء حقه . واستدل الحنفية على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا . وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا » حيث فسروا الإفضاء فى الآية بالخلوة . و بقوله عليه الصلاة والسلام

« من كشف خمار امرأته ونظر إليها . وجب عليه الصداق دخل بها أو لم يدخل » . وبما ثبت أن الخلفاء الراشدين قضوا بأن الزوج إذ أرخى الستور وأغلق الباب كان للزوجة الصداق كاملا .

وذهب الشافعية ، والجعفرية ، فى المشهور من مذهبهم إلى أن الخلوة الصحيحة ، لا تقوم مقام الدخول الحقيق ولا يتأكد بها المهر مطلقاً (١) . ودليلهم ظاهر قوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم . . . » حيث أوجب للمطلقة قبل المس نصف المهر . قالوا والمراد من المس فى الآية الجماع ولم يفصل بين حال وجود الخلوة وعدمها فمن أوجب كل المفروض بالخلوة وحدها فقد خالف النص .

وقبل أن نترك هذا البحث يحسن بنا أن نوضح أحكام الخلوة الصحيحة ، ما تتفق فيه مع الدخول الحقيق وما تختلف ، فنقول :

الخلوة الصحيحة تتفق مع الدخول الحقيق فى حكمين :

١ — تأكد كل المهر للزوجة .

٢ — وجوب العدة (٢) وما يترتب عليها من أحكام كالنفقة ، وعدم حل زواجه من إحدى محارمها وهى فى العدة كما هو مذهب الحنفية .

---

(١) مذهب الإمام أحمد أن الخلوة الصحيحة من مؤكدات المهر ، بل التقبيل واللمس بشهوة عنده من مؤكدات المهر أيضاً . ومذهب مالك ، أن الخلوة وحدها لا يتأكد بها المهر ، ولكن إن انتقلت الزوجة إلى بيت الزوج وأقامت معه سنة بلا دخول حقيقى مع عدم المانع كان ذلك من مؤكدات كل المهر للزوجة حتى ولو اعترف الزوجان بعدم الدخول .

(٢) وكذا تجب العدة مع الخلوة الفاسدة فى بعض الحالات احتياطاً ، كالخلوة مع وجود المانع الشرعى لأن الدخول الحقيق ممكن فى ذاته .

وتخالف الخلوة الصحيحة الدخول الحقيقي فيما يلي .

١ — الإحصان : فالدخول الحقيقي يحصن الرجل والمرأة ، والخلوة الصحيحة لا تحصن واحداً منهما .

٢ — حرمة بنت الزوجة : فالدخول الحقيقي بالزوجة يحرم بنتها على الزوج والخلوة الصحيحة لا تحرم ، فمن تزوج امرأة واختلى بها خلوة صحيحة ثم طلقها حل له أن يتزوج من بنتها .

٣ — حل المطلقة ثلاثا : فدخول الزوج الثاني بالمطلقة ثلاثا يحلها لزوجها الأول ، والخلوة الصحيحة لا تحلها له .

٤ — المراجعة : فمن طلق زوجته طلاقاً رجعياً ثم دخل بها في عدتها كان مراجعاً لها ، وإن اختلى بها في العدة خلوة صحيحة لا يكون مراجعا لها .

٥ — الطلاق الرجعي : فمن تزوج امرأة ودخل بها دخولا حقيقياً أمكن أن يطلقها طلاقاً رجعياً ، وعليه فمن مات من الزوجين في العدة ورثه الآخر . أما بعد الخلوة الصحيحة فلا يكون الطلاق إلا بائنا ، وعليه فمن مات منهما في العدة لا يرثه الآخر لانقطاع الزوجية بالطلاق البائن .

١٣ — متى يجب للزوجة نصف المهر : ؟

يجب للزوجة نصف المهر المسمى بشروط أربعة .

١ — أن يكون عقد الزواج صحيحاً ، فالعقد الفاسد بمجرده لا يجعل للمرأة حقاً في شيء من المهر .

٢ — أن يكون المهر مسمى عند العقد تسمية صحيحة ، فإن كانت التسمية بعد العقد ، أو كانت مقارنة له ولكنها غير صحيحة ، لا يتنصف المهر وإنما تجب المتعة ، كما سيأتي . وعلى هذا لا يتنصف مهر المثل ، ولا يتنصف المهر

المفروض للمفوضة بعد العقد وقال الجعفرية يتنصف(١) ، ولا تتنصف الزيادة التى تلحق المهر بعد العقد باتفاق بين الحنفية والجعفرية .

٣ — أن تقع الفرقة قبل الدخول (٢).

٤ — أن تكون الفرقة من جهة الزوج، سواء أكانت طلاقا أم فسخا كما لو ارتد الزوج عند الإسلام قبل الدخول . ويستثنى من هذا الفرقة بسبب اختيار الزوج الفسخ عند البلوغ أو الإفاقة وقبل الدخول ، لأن الفرقة هنا نقض للعقد من أصله فكأنه لم يكن حتى يجب به شيء ، ولأنه لا فائدة من إثبات حق الفسخ للزوج فى هذه الحالة إلا سقوط كل المهر عنه إذ لو وجب نصف المهر لاستوى الفسخ والطلاق ، فأى فائدة إذاً من إعطائه حق الفسخ ؟

والدليل على وجوب نصف المهر المسمى المطلقة قبل الدخول قوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح » .

والحكمة فى وجوب نصف المهر فى هذه الحالة : أننا لو نظرنا إلى أن الزوج بالفرقة قبل الدخول لم يستمتع بالزوجة ، ولم تقم نحوه بأى واجب من واجبات الزوجية ، لم يجب عليه شيء من المهر . ولو نظرنا إلى أن الزوجة ملكت زوجها بالعقد حق الاستمتاع بها ، ولم تمنعه من استيفاء حقه ، وإنما هو الذى فوت ذلك على نفسه بإيقاع الفرقة من ناحيته ، لو نظرنا إلى هذا يجب للزوجة كل المهر . فنظراً لهذين المعنيين ، ومراعاة للجانبين ، أوجب الشارع التوسط ، فجعل للمرأة نصف المسمى، على أن فى إيجاب نصف المسمى

---

(١) الأحكام الجعفرية ص ٢٢ .

(٢) إذا أطلقنا الدخول أردنا به الدخول الحقيقى عند الجعفرية ، وما يعم الحقيقى والحكمى عند الحنفية .

للمطلقة قبل الدخول إحساناً لها ، وجبراً لكسرها ، والله يقول « . . . وسرحوهن سراحا جميلا » بل نجد فى آخر الآية التى أوجبت نصف المهر للمطلقة قبل الدخول حثاً صريحاً على إعطائها النصف الآخر استحباباً حيث يقول سبحانه « . . . وإن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم » .

وينبغى أن نبين هنا أن نصف المهر الذى يسقط بالطلاق قبل الدخول ، يعود — قبل قبض الزوجة له — إلى ملك الزوج من غير حاجة إلى تراض أو قضاء ، فله أن يتصرف فيه بما شاء ، ويكون تصرفه نافذاً . أما بعد قبض الزوجة له فلا يعود إلى ملكه إلا بالتراضى ، أو قضاء القاضى ، لأن ملك الزوجة للمهر بمقتضى العقد تقوى بقبضها له ، فلا يعود شىء منه إلى ملك الزوج إلا بواحد من الأمرين ، وعلى هذا فتصرفات الزوجة فى كل المهر صحيحة نافذة ، وتصرف الزوج فى النصف الذى يطالب به موقوف على إجازتها أو الحكم به .

وعند الجعفرية : يعود نصف المهر إلى ملك الزوج بالطلاق قبل الدخول دون توقف على رضا الزوجة أو قضاء القاضى ، سواء قبل القبض وبعد القبض ، وتصرفات الزوج نافذة بدون توقف على شىء ما دامت العين باقية ، وتصرفات الزوجة نافذة أيضاً ما دامت قبل الطلاق .

١٤ — متى تجب المتعة للزوجة ؟

تجب المتعة للزوجة فى جميع الحالات التى يجب فيها بالعقد مهر المثل إذا حصلت الفرقة من جهة الزوج قبل الدخول سواء أكانت الفرقة طلاقاً أم فسخا .

وقال الجعفرية المتعة فى الطلاق خاصة (١) .

والمتعة الواجبة : كسوة كاملة للمرأة ، أو قيمة ذلك من نقود وغيرها . والمعتبر فى المتعة عرف كل بلدة فيما تكتسى به المرأة خارج البيت ، وبه قال الجعفرية ، وعنهم المتعة على الموسر خادم ، وعلى المتوسط ثوب أو مقنعة ، وعلى الفقير خاتم وما أشبهه (٢) .

ولقيمة المتعة حد أعلى ، وحد أدنى ، فحدها الأعلى ألا تزيد على نصف مهر المثل فلا يجب على الزوج أكثر من ذلك . نعم إن زادها على الحد الأعلى بمحض اختياره فلا بأس . وحدها الأدنى خمسة دراهم عند الحنفية لأنها نصف أقل الواجب شرعا ، فيجب ألا تنقص المتعة عنها .

وهل يراعى فى قيمة المتعة حال الزوج ، أو الزوجة ، أو حالهما معاً ؟ أقوال ثلاثة أصحها فى مذهب الحنفية والجعفرية أن يراعى حال الزوج وحده لقوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقاً على المحسنين » . فالآية فوق صراحتها فى الدلالة على وجوب المتعة لمن هذا حالها ، صريحة فى أنه يراعى حال الزوج فى تقديرها ، لأنه هو المكلف بها ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها .

والحكمة فى وجوب المتعة : تعويض المرأة عن إيحاشها بالطلاق ، وتخفيف لما تجده من حسرة وألم على فرقة لم تكن بسببها ، ولم يتقرر فيها شىء من المهر .

هذه هى المتعة الواجبة للزوجة ، وهذا ما يتعلق بها . بقى بعد هذا أنه

---

(١) مسائل الخلاف جـ ٢ ص ٨٨ .

(٢) الأحكام الجعفرية ، للحلى ص ٢٣ ومسائل الخلاف جـ ٢ ص ٧٧ .

المتعة تثبت للزوجة استحباباً لا وجوباً إذا طلقت بعد الدخول فتعطاها زيادة على المهر المسمى ، أو زيادة على مهر المثل . ولا متعة مطلقاً للمتوفى عنها زوجها ، ولا لمن استحقت نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ، وقيل للأخيرة متعة مستحبة .

١٥ — متى يسقط كل المهر ولا يجب شيء للزوجة ؟ :ـ

يسقط كل المهر ولا يجب للزوجة شيء مطلقاً فى ثلاث حالات :

الحالة الأولى : إذا حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول الحقيقى والحكمى بسبب من الزوجة ، كما لو ارتدت عن الإسلام ، أو أسلم زوجها وأبت أن تدخل فى الإسلام أو فى دين سماوى آخر ، اختارت الفسخ بعد البلوغ ، أو اتصلت بأحد أصوله أو فروعه اتصالا غير مشروع ، وقال الجعفرية الاتصال الطارىء لا يفسد الزوجية . وكذا تعتبر الفرقة من جانب الزوجة لو كانت من جهة وليها كما إذا فسخ الزواج يطلب منه لعدم الكفاءة مثلا .

وإنما حكم بسقوط كل المهر لأن الزوجة فوتت على الزوج حقه ، وحالت بينه وبين استيفاء المعقود عليه ، ولأنها لما أقدمت على سبب الفرقة وهى تعلم أن المهر لم يتأكد بعد ، كان ذلك منها أمارة تنازلها عن حقها فى المهر .

الحالة الثانية : إذا حصلت الفرقة قبل الدخول الحقيقى والحكمى بسبب من الزوج إذا كان فسخا من كل وجه كالفسخ بخيار البلوغ أو خيار الإفاقة وذلك لأن هذا الفسخ نقض للعقد من أصله فلا يترتب عليه وجوب المهر ، ولأنه لا ثمرة لإعطائه حق الخيار إلا سقوط المهر إذ أن له أن يطلق متى شاء.

الحالة الثالثة : « وهى خاصة بالجعفرية » إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول ولم يكن سمى للزوجة مهر عند العقد ولا فرض لها بعده فلا مهر لها ولا متعة .

بقي أن المرأة قد تبرىء الزوج من مهرها فتبرأ ذمته ويسقط حقها في المهر بإسقاطها لا بإسقاط الشارع ، وكذا لو وهبته له . بقي أيضاً أن عقد الزواج إن كان فاسداً وحصلت المفارقة قبل الدخول ولو بعد الخلوة الصحيحة لا يجب شيء من المهر للزوجة لأنه ساقط من أول الأمر لما تقدم من أن العقد الفاسد بمجرده لا يوجب مهراً للمعقود عليها .

١٦ — المهر المقترن بشرط : ـ

المهر المسمى للزوجة قد يكون مطلقا عن التقييد بشرط ، وحينئذ يجب المسمى كما تقدم . وقد يكون المسمى مقرونا بشرط مقابل بجزء من المهر . وهذا يقع على ثلاث حالات :

الحالة الأولى : إذا تزوج رجل من امرأة بأكثر من مهر مثلها ، واشترط في مقابلة هذه الزيادة وصفاً مرغوبا له . كأن كان مهر مثلها مائة دينار فجعله مائتين على شرط أن تكون بكراً أو جميلة مثلا ، فإن تحقق الوصف لزمه المائتان . وإن لم يتحقق الوصف لزمه مهر المثل فقط وهو المائة وذلك لأنه جعل الزيادة في نظير تحقيق الوصف ، وحيث لم يتحق سقط مايقابله من الزيادة ووجب مهر المثل .

الحالة الثانية : إذا تزوج رجل امرأة بأقل من مهر مثلها واشترط في مقابلة هذا النقصان أن يقوم لها أو لأحد محارمها بمصلحة مشروعة ، كأن يكون مهر مثلها مائة دينار مثلا فجعله خمسين على شرط ألا يتزوج عليها ، أو ألا يسافر بها ، أو على أن يوظف أباها أو أخاها ، فإن وفى لها بالشرط لزم المسمى وهو الخمسون ، وإن لم يوف بما شرط كان لها مهر المثل وهو المائة ، لأنها رضيت بالخمسين مع المنفعة فإن لم تتحقق المنفعة فات رضاها بالخمسين وثبت حقها في مهر المثل .

أما إن كانت المنفعة المشروطة غير مشروعة ، كأن اشترطت عليه ألا يمنعها من التردد على دور اللهو والمراقص ، فليس لها عند عدم الوفاء بالشرط غير المسمى وهو الخمسون ، لأن غير المشروع لا يجوز للمسلم أن ينتفع به فلم يكن مقابلا بمال فكان الشرط غير داخل فى المهر من المبدأ فتجب الخمسون فقط لأنها هى المعتبرة فى التسمية شرعا .

وإن كانت المنفعة تعود على غير ذى رحم لها فليس لها أيضاً سوى المسمى لأن المنفعة لا تكون حينئذ مقصودة لها فلا تقابل بعوض .

الحالة الثالثة : إذا تزوجها وسمى لها مهراً مائتين مثلا إن كانت بكراً أو متعلمة ، ومائة إن كانت ثيباً أو غير متعلمة . صحت التسمية فى الحالتين ، ووجبت المائتان عند تحقق الشرط الأول ، والمائة عند تحقق الثانى المفتى به من رأى أبى يوسف ومحمد ، وهو مذهب الجعفرية . وقال أبو حنيفة إن تحقق الشرط الأول وجب المسمى معه ، وإن لم يتحقق وجب مهر المثل بحيث لا يزيد على مائة ، لأن الشرط الثانى ورد بعد الأول فلم يصادف محلا وكان فاسداً . وقال زفر التسمية فاسدة فى الحالتين لأنها لما ترددت بين شرطين كانت مجهولة ، ومع الجهالة يجب مهر المثل غير أنه لا يزيد على مائتين لأن الزوجة رضيت بها ، ولا يقل عن مائة لأن الزوج رضى بها .

١٧ — قبض المهر والتصرف فيه : ـ

عرفنا أن المهر حق الزوجة ، لذا كان لها وحدها حق قبضه بنفسها أو بواسطة وكيلها(١) إن كانت بالغة عاقلة رشيدة ، فإن كانت قاصرة تولى قبض

(١) لابد فى الوكالة بقبض المهر من تصريح الثيب ، ويكتفى من البكر بالسكوت فحيث سكتت ولم يكن منها نهى صريح عن قبض المهر كان سكوتها إذنا بالقبض .

مهرها من له الولاية على مالها(١) فإن سلم الزوج المهر لغير ولى المال ولو كان ولياً عنها فى الزواج لم تبرأ ذمته ، وكان للزوجة عند تحقق أهليتها أن تطالب زوجها بالمهر وهو يرجع به على من سلمه إياه ،

والمهر حق مالى للزوجة فلها أن تتصرف فيه بأى نوع من أنواع التصرفات المشروعة ، وليس لأحد ما حق فى معارضتها ما دامت من أهل التصرفات ، فإن كانت غير رشيدة حجر عليها ، وكان حق التصرف فى المهر لولى المال دون غيره .

ثم إن الزوجة لو وهبت كل مهرها أو بعضه للزوج ثم طلقها بعد الدخول فليس لها أن ترجع عليه بشىء باتفاق بين الحنفية والجعفرية .

وإذا كان المهر مما يتعين بالتعيين كدار معلومة فوهبتها له أو وهبت نصفها قبل القبض أو بعده ثم طلقها قبل الدخول ، فليس له مطالبتها بشىء لأنه بالطلاق قبل الدخول يستحق نصف الدار وقد عاد له بطريق الهبة . ولا يلتفت إلى كون سبب وصول الحق إليه وهو الهبة مغايراً لسبب الاستحقاق وهو الطلاق ، لأن اختلاف السبب لا يضر ما دام عين الحق قد وصل إلى صاحبه .

وإذا كان المهر مما لا يتعين بالتعيين كمائة دينار مثلا أو عشرة قناطير من القطن غير معينة وقبل قبض المهر وهبته له أو وهبت نصفه ، ثم طلقها قبل الدخول ، فليس له مطالبتها بشىء ، لأنه بالطلاق قبل الدخول وقبل القبض يستحق براءة ذمته من نصف المهر وقد تم ذلك بالهبة .

---

(١) الولى على مال القاصر هو الأب ثم وصيه ثم الجد الصحيح ثم وصيه ثم القاضى ثم وصيه . والولى تارة يكون ولياً على النفس والمال معاً كالأب ، وتارة يكون وليا على النفس فقط كالأخ الذى لم ينصب وصيا ، وتارة يكون وليا على المال فقط كالوصى .

وإذا كان المهر مما لا يتعين بالتعيين فوهبته له بعد قبضها إياه ثم طلقها الزوج قبل الدخول كان له حق مطالبتها برد نصف المهر ، لأن ما وهبته له ليس عين ما سلمه لها ، فتعتبر كأنها وهبته شيئاً آخر لا صلة له بالمهر .

وعند الجعفرية إذا وهبت الزوجة مهرها كله أو بعضه لزوجها بعد قبضه بتمامه ثم طلقها قبل الدخول فله الرجوع عليها بنصفه مطلقاً فلو لم تقبضه قبضت نصفه فوهبت الكل فى الأولى أو ما بقى وهو النصف فى الثانية فله الرجوع أيضاً .

١٨ — ضمان المهر : —

إذا لم تقبض الزوجة مهرها كان لها أن تستوثق من استيفائه بأخذ رهن به ، أو كفيل يضمنه لها . وفى الكفالة يجوز أن يكون الكفيل قريباً ولو كان أبا الزوج أو أبا الزوجة غير أنه لما كانت الكفالة تعتبر تبرعاً للمكفول له والمكفول عنه كان لابد لنا من التفصيل الآتى :

١ — إذا كان الكفيل قد تكفل بالمهر فى حالة صحته صحت الكفالة ، سواء أكان كل من الزوجين أو أحدهما وارثا للكفيل أم غير وارث ، وسواء أكان المهر أقل من ثلث تركة الكفيل أم أكثر من الثلث .

٢ — إذا كان الكفيل قد تكفل فى مرض موته وكان كل من الزوجين غير وارث له صحت الكفالة بالمهر إن كان فى حدود ثلث تركة الكفيل ، وما زاد على الثلث لا تصح الكفالة به إلا إذا أقرها الورثة ، وذلك لأن الكفالة تبرع — كما قلنا — والتبرع فى مرض الموت وصية ، والوصية تنفذ فى حدود الثلث فقط وما زاد على الثلث لا ينفذ إلا برضا الورثة .

٣ — إذا كان الكفيل قد تكفل فى مرض موته وكان أحد الزوجين أو كلاهما من ورثته لا تصح الكفالة مطلقاً إلا برضا الورثة ، لأن الكفالة

في مرض الموت وصية ولا تصح الوصية لوارث . والجعفرية يرون صحة الكفالة فى هذه الصورة ما دام المهر فى حدود ثلث التركة بناء على ما ذهبوا إليه من صحة الوصية للوارث(١) .

ثم إنه إذا صحت الكفالة برضا الكفيل والمكفول له ، كان للزوجة حق مطالبة كل من الزوج والكفيل ، لأن الكفالة بمعناها الشرعى ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة . وقال الجعفرية للزوجة مطالبة الكفيل وليس لها حق فى مطالبة المكفول عنه وهو الزوج ، لأن الكفالة عندهم انتقال الدين من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل(٢) . وعلى هذا إذا أدى الزوج المهر للزوجة برئت ذمته ، وسقط حق الزوجة فى مطالبة الكفيل .

وإذا أداه الكفيل وكان الزوج أجنبياً عنه أو ابناً له ليس فى ولايته فإن كان قد تكفل بإذنه رجع عليه بما أدى ، وإن كان قد تكفل بغير إذنه لا يرجع بشيء لأنه يعتبر متبرعا .

وإذا أداه الكفيل عن الزوج وكان الزوج ابنا له فى ولايته فليس له حق الرجوع عليه غنيا كان الابن أو فقيراً ، إلا إذا أشهد الأب عند الكفالة أو الأداء أنه سيرجع عليه ، وذلك لأن العرف جرى على أن يتبرع الآباء بمهور الأبناء ، فيكون الأداء مع عدم الإشهاد على الرجوع أمارة التبرع .

وإذا مات الأب قبل الأداء — فى حالة اعتباره متبرعا بما تكفل به — كان للزوجة أخذ مهرها من تركته ، ولباقى الورثة حق الرجوع على الزوج فى نصيبه من ميراث أبيه .

---

(١) فى مصر صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وهو خاص بتنظيم أحكام الوصية ، وفيه أن الوصية تجوز للوارث كما تجوز لغير الوارث ، وبمقتضى هذا القانون يكون العمل فى مصر الآن مخالفاً لمذهب الحنفية وموافقاً لمذهب الجعفرية .

(٢) مسائل الخلاف حـ ١ ص ٢٤٤ .

وإذا كان الكفيل عن الصغير غير الأب رجع على الصغير بما أدى أشهد أو لم يشهد ، لأن غير الأب لا يتبرع بالمهر عادة .

ثم ما الحكم فيما لو زوج الأب ابنه الصغير أو من فى حكمه بمقتضى ولايته عليه ولم يتكفل بالمهر عنه ؟ هل يطالب الأب بالمهر ؟ وهل يعد ضامنا له بإقدامه على تزويجه ؟

الجواب : إن كان للابن مال كان للزوجة أن تطالب أباه بأن يدفع لها مهرها من مال ابنه ، وكان على الأب أن يؤديه لها من مال الابن بمقتضى ولايته عليه فى ماله . وهذا باتفاق .

وإن لم يكن للابن مال ، فالراجح من مذهب الحنفية أن المهر يلزم ذمة الزوج وليس للزوجة أن تطالب الأب بمهرها لأنه ليس أصيلا وإنما هو عاقد وحقوق الزواج — ومنها المهر — ترجع إلى الأصيل وهو الزوج كما علمت من قبل . وكذلك ليس الأب كفيلا حتى تطالبه بمقتضى الكفالة لأنه لم يوجد منه ما يدل على كفالته بالمهر صراحة أو ضمنا .

وذهب المالكية والشافعية والجعفرية والإمام أحمد فى رواية عنه إلى أن الأب إذا تولى تزويج ابنه الفقير صغيراً أو كبيراً كان مطالبا بالمهر لأن الزوجة أو أولياءها ما رضوا زواجه مع فقره إلا من أجل أبيه فكان الأب مسئولا عرفا عن المهر ، والعرف جرى بأن الآباء يتحملون مهور الأبناء ، وبأن الابن يعتبر قادراً بقدرة أبيه . قالوا : وما أداه الأب فى هذه الحالة لا يرجع به على ابنه لأنه بمنزلة ما ينفقه عليه ، فهو متبرع لا يحق له الرجوع به حتى ولو بعد يسار الابن .

ونرى أن ما ذهب إليه المالكية ومن وافقهم أقوى حجة ، وأولى بالاختيار مما ذهب إليه الحنفية .

١٩ — هلاك المهر واستهلاكه : ـ

إذا كان المهر معينا فى العقد مثليا أو قيميا — فقبضته الزوجة ثم هلك بآفة سماوية أو بفعل نفسه أو استهلكته الزوجة فهلاكه عليها ، ولا ترجع على الزوج بشىء ، لأنه هلك على ملكها وفى يدها ، وذمة الزوج برئت بتسليم المهر لها . وإن استهلكه الزوج أو أجنبى رجعت بمثله أو بقيمته على المستهلك منهما لأن من أتلف ملك غيره لزمه ضمانه .

أما قبل قبض الزوجة له ، فإن هلك أو استهلكه الزوج فضمانه عليه ، لأن ذمته لا تبرأ من ضمانه إلا بالتسليم . وإن استهلكته الزوجة فلا ترجع على الزوج بشىء ، لأنها استوفت حقها بإهلاكها له . وإن استهلكه أجنبى فالزوجة بالخيار ، إن شاءت رجعت على المستهلك ، وإن شاءت رجعت على الزوج وهو يرجع على المستهلك(١) .

٢٠ — استحقاق المهر : ـ

إذا كان المهر معينا فاستحق كله بأن تبين أنه ملك لغير الزوج ، فعلى الزوج ضمان مثله إن كان مثليا وقيمته وإن كان قيميا ، ولا فرق فى هذا بين كون الاستحقاق قبل القبض أو بعده .

أما إن استحق بعض المهر كنصفه مثلا ، فإن كان المهر مثليا أخذت النصف الذى لم يستحق ورجعت بمثل النصف المستحق على الزوج . وإن كان

---

(١) فرضنا هلاك المهر واستهلاكه فى المتعين بالتعيين لأنه هو الذى تجرى فيه هذه الأحكام أما غير المتعين كمائة دينار وعشرة قناطير من القطن بدون تعيين لعشرة بذاتها فلا تجرى فيه هذه الأحكام لأن حق المرأة لم يتعلق بشىء بعينه حتى يقال إنه هلك أو استهلك وإنما تعلق حقها بذمة الزوج فلا تبرأ منه إلا بالأداء أو الإبراء .

قيميا كدار مثلا ، فهى بالخيار ، إن شاءت أخذت نصفها ورجعت بقيمة النصف الآخر على الزوج وكانت شريكة للمستحق ، وإن شاءت أخذت كل قيمة الدار وتركتها لأن الشركة هنا عيب طارىء وقد لا ترضى به . هذا إن كان حقها فى المهر كله ، أما إن كان حقها فى نصف المهر فقط ، كأن طلقها قبل الدخول ، فليس لها إلا نصف الدار وتكون شريكة للمستحق لأن الشركة حاصلة على أية حال استحق النصف أو لم يستحق ، فلم يكن عيب الشركة طارئاً حتى يثبت لها الخيار .

٢١ — زيادة المهر ونقصانه : ـ

المراد بزيادة المهر ، ما يحـــدث فيه من نماء وولادة ونحوها والمراد بالنقصان ، ما يطرأ عليه من عيب كهزال الدابة ، وتصدع الدار . وهذا غير ما تقدم من زيادة الزوج على أصل المهر المسمى ، أو حط الزوجة منه . وإليك حكم كل من الزيادة والنقصان .

حكم الزيادة : ـ

الزيادة الطارئة على المهر تارة تكون متصلة غير متولدة كالبناء فى الأرض ، وتارة تكون متصلة متولدة كسمن الحيوان ، وتارة تكون منفصلة غير متولدة كأجرة الدار ، وتارة تكون منفصلة متولدة كولد الحيوان .

أما الزيادة المتصلة غير المتولدة ، فهى لمن أنشأها ، ولا تلتحق بالمهر بحال .

وأما باقى الزيادات ، وهى الثلاثة الأخيرة فحكمها ما يلى :

إذا حصلت الزيادة فى المهر قبل قبضه ، فإن كان قد تقرر كل المهر للزوجة بالدخول أو غيره ، كانت كل الزيادة لها لأنها نماء ملكها . وإن كان قد تقرر نصف المهر ، بأن طلقها قبل الدخول ، كانت الزيادة مناصفة بين الزوجين لأنها نماء ملكهما . وإن سقط حق الزوجة فى المهر كله ، بأن كانت الفرقة بسببها ،

كانت الزيادة كلها للزوج لأنها نماء ملكه (١) .

أما إذا حصلت الزيادة فى المهر بعد قبضه ، فهى للزوجة خاصة سواء تقرر كل المهر ، أو نصفه ، أم سقط كله (٢) ، لأن الزيادة حصلت بعد ما تقررت ملكية الزوجة للمهر بالقبض ، ولأنه بالقبض دخل فى ضمانها ، فكما يكون هلاكه عليها يكون نماؤه لها ، لأن الخراج بالضمان .

هذا هو الراجح من مذهب الحنفية . أما الجعفرية فقالوا إن الزيادة الطارئة على المهر إن كانت حاصلة قبل الطلاق تكون للزوجة خاصة ، وإن كانت حاصلة بعد الطلاق وقبل الدخول فهى بين الزوجين مناصفة .

حكم النقصان :

أما النقصان ، فإن كان طارئاً على المهر قبل قبضه ، وكان شيئاً يسيراً اغتفر لأنه يتسامح فيه عادة . وإن كان النقصان فاحشاً ولم يكن لأحد دخل فيه ، فللزوجة الخيار بين أخذ قيمته يوم التسمية وبين أخذه على حاله دون أن يكون لها حق فى الرجوع على الزوج بقيمة النقصان لأنه لم يكن بسبب منه. وإن حدث النقصان بفعل الزوج ، فالزوجة بالخيار بين أخذ قيمته يوم التسمية وبين أخذه على حاله مع رجوعها على الزوج بقيمة النقصان حيث كان بسببه

---

(١) مذهب أبى حنيفة فى الزيادة المنفصلة غير المتولدة كغلة الدار ، أنها كلها للزوجه على أية حال .

(٢) فى حالة عودة نصف المهر أو كله للزوج ، إن كانت الزيادة متولدة متصلة كسمن الحيوان يتعذر رد نصف المهر أو كله للزوج بدون الزيادة التى هى حق الزوجة لذا كان الواجب رد قيمة النصف أو قيمة الكل يوم تسليم المهر للزوجة على الراجح . وكذا الحكم مع الزيادة المتصلة غير المتولدة ، وكذا المنفصلة المتولدة وما فى حكمها كضمان النقصان .

منه . وإن حدث النقصان بفعل أجنبي فالزوجة بالخيار بين أخذ قيمته يوم التسمية والزوج يرجع بقيمة النقصان على الأجنبي ، وبين أن تأخذه بحاله وترجع هي بقيمة النقصان على الأجنبي دون الزوج لأن ضمان المتلفات على المتلف خاصة . وإن حدث النقصان بفعل الزوجة فليس لها حق الرجوع على أحد . هذا كله لو تأكد حق الزوجة في كل المهر ،أما لو استحقت نصفه فقط فكذلك يثبت لها كل الخيارات المتقدمة .

وأما إن كان النقصان طارئاً على المهر بعد قبضه ، فإن تأكد حق الزوجة في المهر كله فلا ترجع الزوجة بالضمان إلا على المتسبب في النقصان . وإن تقرر لها نصف المهر ، فإن كان النقصان لادخل لأحد فيه فالزوج بالخيار بين أن يرجع على الزوجة بنصف قيمة المهر يوم قبضها له ، وبين أن يأخذ نصفه على حاله دون أن يضمنها قيمة النقصان حيث لم تكن متعدية . وإن كان النقصان بفعل الزوجة فالحكم كما تقدم ، لأن المهر بالقبض دخل في ملكها ، وتصرف الإنسان في ملكه لا يكون تعدياً . وإن كان النقصان بفعل أجنبي أو بفعل الزوج فليس للزوج إلا قيمة النصف يوم قبضه ، [١] وللزوجة حق الرجوع بقيمة النقصان على الأجنبي أو الزوج ، لأن الزوج بعد تسليم المهر هو والأجنبي سواء في حكم التعدى عليه — هذا كله إذا وقع النقصان بعد القبض وقبل الطلاق ، أو بعد القبض وبعد الطلاق قبل الحكم برد النصف . أما إذا حصل بعد القبض وبعد الطلاق والحكم بالرد استرد الزوج نصف الأصل وضمنها نصف قيمة النقصان سواء أكان النقصان بآفة سماوية أم بتعد منها ، أم بتعد منه ، وذلك لأن الطلاق لما كان قبل النقصان كان حق الزوج

---

(١) لأن الأجنبي ومن في حكمه إذا ضمن النقصان كان ما يضمنه كالزيادة المنفصلة المتولدة لأنه بدل جزء من العين فيمنع تنصيف الأصل بالطلاق قبل الدخول .

فى النصف سالماً من النقصان . أما إذا كان النقصان بفعل أجنبى فالزوج نصف قيمة المهر يوم القبض ، وضمن الأجنبى كل النقصان للزوجة (١) . .

٢٢ — قضايا المهر : —

قبل الكلام عن قضايا المهر يجدر بنا أن ننبه إلى بعض الأصول الشرعية المقررة حتى يتيسر لنا أن نسير فى مباحث قضايا المهر على بينة ووضوح ، فنقول :

أولا : كل دعوى مستحيلة أو ينكرها العقل والعرف لا تقبل .

ثانياً : البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، فمن ادعى دعوى عليه إثباتها بالبينة ، فإن عجز وجهت اليمين إلى المنكر .

ثالثاً : البينات تقام على خلاف الظاهر ، لأن من لا يشهد له الظاهر يعتبر مدعياً فيطالب بالبينة ، ومن يشهد له الظاهر يعتبر منكراً فيطالب باليمين .

إذا علمت هذا ، فاعلم أن قضايا المهر كثيرة غير محصورة ، لذا نقصر البحث على أكثرها وقوعا بين الناس ، وهى قضايا المسائل الآتية :

(ا) الاختلاف فى قبض المهر (ب) الاختلاف فى أصل التسمية (ج) الاختلاف فى مقدار المسمى (د) الاختلاف فى مهر السر ومهر العلانية (ه) الاختلاف فيما قدمه الزوج للزوجة ، أهو من المهر أم هدية ؟ — وإليك التفصيل :

(ا) الاختلاف فى قبض المهر :

الاختلاف فى قبض المهر قد يقع قبل الدخول ، وقد يقع بعده ، فإن وقع قبل الدخول ، بأن ادعى الزوج أنه سلم الزوجة كل المعجل أو بعضه وهى

(١) انظر فتح القدير جـ ٢ ص ٤٥٥ — ٤٥٨ . والبدائع جـ ٢ ص ٢٩٩ — ٣٠٢ .

تنكر ذلك قبلت دعواه وعليه إثباتها بالبينة ، فإن عجز عنها وجهت اليمين إليها فإن حلفت سقطت دعواه ، وإن نكلت حكم له بما ادعى .

وإن وقع الاختلاف بعد الدخول ، فإن ادعت الزوجة أنها لم تقبض شيئاً من المهر وهو ينكر ذلك ويدعى أنه سلمها معجل مهرها ، رفضت دعوى الزوجة ، لأن العرف يكذبها حيث جرت عادة الناس أن لا تزف الزوجة إلا بعد قبض مقدم مهرها . نعم إن كان العرف على خلاف ذلك قبلت دعواها ، وعلى الزوج أن يقيم البينة على دعواه التسليم ، فإن عجز عنها فالقول للزوجة مع يمينها .

وإن ادعت أنه سلمها بعض معجل المهر وهو ينكر ذلك ويدعى أنه سلمها المعجل كله ، قبلت دعواها وعليه أن يقيم البينة على دعواه فإن أقامها قضى له بما ادعى وإن عجز فالقول قولها مع يمينها ، وإن نكلت حكم بما ادعاه الزوج . هذا ولا فرق فى كل ما تقدم بين كون الاختلاف بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر ، أو بين ورثة كل منهما . وفى كل ماتقدم ترد اليمين على المدعى عند نكول المنكر عند الجعفرية .

(ب) الاختلاف فى أصل التسمية :

إذا وقع الاختلاف بين الزوجين فى أصل التسمية فادعى أحدهما تسمية معلومة كمائة دينار مثلا ، وأنكر الآخر وجود التسمية بالكلية ، فإن أثبت مدعى التسمية دعواه بالبينة حكم بها ، وإن عجز وجهت اليمين إلى المنكر ، فإن نكل ثبتت التسمية ، وإن حلف قضى بمهر المثل بشرط ألا يزيد على مائة إن كان مدعى التسمية هو الزوجة ، ولا ينقص عنها إن كان مدعى التسمية هو الزوج . وإنما يقضى بمهر المثل فى هذه الحالة لأن مدعى التسمية عجز عن إثباتها ، ومنكرها حلف على عدم وجودها فلم تثبت ، وحيث لم تثبت يرجع

إلى الأصل وهو مهر المثل . هذا إذا وقع الاختلاف حال قيام الزوجية ، أو بعد زوالها وتأكد حق الزوجة فى المهر كله . أما إذا وقع الاختلاف بعد الطلاق وقبل الدخول فإن ثبتت التسمية كان للزوجة نصف المسمى وإن لم تثبت كان لها المتعة لا تزيد على نصف المسمى إن كانت الزوجة هى المدعية للتسمية ولا تنقص عن نصفه إن كان الزوج هو المدعى .

وإذا وقع الاختلاف فى التسمية وعدمها بين أحد الزوجين وورثة الآخر فالحكم عين ما تقدم . والجعفرية كالحنفية فى كل ما تقدم إلا أنهم يردون اليمين على المدعى عند نكول المنكر .

وإذا وقع الاختلاف بين ورثة الزوجين فكذلك الحكم عند أبى يوسف ومحمد والجعفرية . وقال أبو حنيفة : إن ثبتت التسمية حكم بها ، وإن لم تثبت فالقول لمن ينكرها مع يمينه ، ثم لا يقضى بشىء لورثة الزوجة لأن التسمية لم تثبت ، ومهر المثل ساقط الاعتبار لتعذر معرفته ، لأن موت الزوجين معناه موت أقرانهما وتقادم العهد ، ولأنا لو أجزنا القضاء بمهر المثل للورثة لأجزناه لورثة الورثة . . . وهكذا يلزم التسلسل ويتبعه اشتداد تقادم العهد وعدم إمكان الوقوف على مهر المثل . هذا رأى أبى حنيفة رحمه الله ، ولكن يظهر أن هذا مفروض فى الموت الذى طال عليه العهد ، أما الموت القريب الذى لا يتعذر معه معرفة مهر المثل كموت الزوجين فى شبابهما فالظاهر أن يكون الحكم عند أبى حنيفة كالحكم عند صاحبيه وإن كان ظاهر عبارات بعض الكتب لا تفرق بين تقادم العهد وعدم تقادمه (١) .

(ج) الاختلاف فى مقدار المسمى :

إذا اختلف الزوجان فى قدر المسمى فادعت الزوجة أن المسمى مائة دينار

---

(١) انظر فتح القدير ج ٢ ص ٤٧٨ — ٤٧٩ .

مثلا وادعى الزوج أن المسمى خمسين فقط ، فذهب أبو يوسف إلى أن الزوجة تدعى الزيادة والزوج ينكرها ، وإذا فعلى الزوجة أن تقيم البينة لإثبات دعواها فإن أقامتها حكم لها بما ادعت ، وإن عجزت طولب الزوج باليمين فإن نكل ثبت ما ادعته الزوجة ، وإن حلف حكم بما ادعاه إلا أن يكون ما ادعاه شيئاً تافها لايتصور أن يكون مهراً لمثلها ، وحينئذ يقضى لها بمهر المثل بشرط ألا يزيد على ماتدعيه . وهذا أيضاً رأى الجعفرية ويقولون برد اليمين على المدعى عند نكول المنكر .

وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن كلا منهما يعتبر مدعيا ومنكراً ، فالزوج يدعى أن مهرها خمسون ، وأنه يلزمها الدخول فى طاعته بإيفائها المعجل ، وينكر الزيادة التى تدعيها الزوجة ، والزوجة تدعى الزيادة وتنكر أن له الحق فى إدخالها فى طاعته حتى يوفيها لها أو ما اشترط تعجيله منها . وعلى هذا فمن أقام منهما البينة على دعواه قضى له ، وإن أقاماها جميعاً يحكم مهر المثل فإن كان يشهد للزوجة ـ بأن كان مساويا لما قالته أوقريبا منه ـ قبلت بينة الزوج . وإن كان مهر المثل يشهد للزوج قبلت بينة الزوجة ، لأن البينات تقام على خلاف الظاهر ـ كما قلنا ـ والظاهر هنا هو مهر المثل فالبينة التى تخالفه هى المقبولة وإن كان مهر المثل لايشهد لواحد منهما بأن كان وسطا بين مايدعيه الزوج وما تدعيه الزوجة تعارضت البينتان فيحكم بسقوطهما ويقضى بمهر المثل . وإن لم يكن لأحدهما بينة فالقول قول من يشهد له الظاهر ـ وهو مهر المثل ـ فإن كان لايشهد لواحد منهما وجهت اليمين إلى كل منهما ليحلف على نفى دعوى الآخر وإثبات دعواه ، فإن حلفا جميعاً أو نكلا جميعاً حكم بمهر المثل ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى لمن حلف على من نكل .

هذا هو الحكم عند اختلاف الزوجين فى قدر المسمى ، وهو نفس الحكم فيما لو كان الخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، وكذا هو نفس الحكم

فيما لو كان الخلاف بين ورثة الزوجين ، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يرى ـ عندما يكون الخلاف بين ورثة الزوجين ـ أنه لا يحكم مهر المثل ، ولا يحكم به لما عرفت من مذهبه ـ وفى كل ما تقدم يجرى العمل والفتوى على رأى أبى يوسف .

وذهب الجعفرية إلى أنه إذا اختلف ورثة الزوجين فى قدر المسمى فالقول لورثة الزوج ويلزمهم مايعترفون به .

(د) الاختلاف فى مهر السر ومهر العلانية :

يحدث فى كثير من الأحيان أن يتفق الزوجان على مهر فى السر ويعلنا عن مهر أكثر منه رياء وسمعة . وفى هذه الحالة قد يجرى العقد فى العلانية فقط ، وقد يجرى فى السر فقط ، وقد يجرى فى السر مرة وفى العلن أخرى ، وعلى كل قد يكون مهر السر والعلن من جنس واحد كالدنانير ، وقد يكونا من جنسين كدنانير فى السر ، ودارٍ معينة فى العلن ، وعلى كل قد يقع الاتفاق بين الزوجين على أن مهر السر للسمعة فقط ، وقد يختلفان ، أى المهرين هو المعتبر ؟ ـ وإليك حكم ذلك كله .

أولا : حكم المهر إن أجرى العقد على مهر العلانية فقط :

إن اتفق الزوجان فى السر على مهر دون إجراء العقد ، ثم تعاقدا فى العلانية على أكثر ، وكان جنس المهر واحداً فى الحالتين ، فإن اتفقا على أن مهر العلن للسمعة فالمهر مهر السر ويعتبر مذكوراً عند العقد ضمنا لاتحاد الجنس . وإن اختلفا فالمهر مهر العلن مالم يبرهن الزوج على أن الزيادة للسمعة .

وإن اختلف جنس المهر ، فإن اتفقا على أن مهر العلن للسمعة فالواجب مهر المثل لأن مهر السر لم يذكر عند العقد فلا يكون معتبراً ، وما ذكر عند العقد لم يتفق عليه فلا يكون معتبراً كذلك فيصار إلى الأصل وهو مهر المثل .

وإن اختلفا فالقول قول الزوجة ويحكم بالمسمى عند العقد وإن اتفقا سراً بلا عقد على أن المهر مائة دينار ثم تعاقدا فى العلانية على أن لا مهر فالمهر ما ذكر فى السر ، لأنه لم يوجد ما يوجب الإعراض عنه . أما ما يحدث فى بعض الأحيان من اتفاق على مهر فى السر ثم يجرى العقد علنا على مهر أقل تهربا من الرسوم المقررة مثلا فالأشبه أن يحكم فى هذه الحالة بمهر السر أيضاً .

ثانياً : حكم المهر إن أجرى العقد على مهر فى السر ثم أعلنا بلا عقد مهراً أكثر :

الحكم فى هذه الحالة : أنهما إن اتفقا على أن ما أعلناه للسمعة فالمهر مهر السر . وإن اختلفا فالقول للمرأة فى دعوى الجد فيما أعلناه ويحكم بمهر العلانية إلا أن يكون الزوج قد أشهد عليها أو على وليها الذى زوجها منه أن مهرها هو ما ذكر سراً وأقام البينة على ذلك فيحكم بمهر السر .

ثالثاً : حكم المهر إن أجرى العقد على مهر فى السر ، ثم أجرى على مهر أكثر فى العلن :

إذا تعاقد الزوجان فى السر على مهر ، ثم تعاقدا ثانياً على مهر أكثر منه ، فإن اتفقا أو أشهدا أن الزيادة سمعة ، فالمهر ما ذكر عند العقد فى السر . وإن لم يشهدا واختلفا ، فعند أبى يوسف والجعفرية ، المهر مهر السر وهو ماذكر فى العقد الأول ، لأنه وقع صحيحاً ، والعقد الثانى بعد الأول لغو . وعند أبى حنيفة ومحمد ، المهر هو مهر العلن وهو ماذكر فى العقد الثانى ، ويعتبر كأنه غير كلامه وزادها على المهر الأول من جلسه أو من غير جلسة(١)

---

(١) هذا رأى ذكره ووجهه صاحب فتح القدير ، وذكر أيضاً نقولا عن أبى حنيفة تدل على أنه يرى المهر مجموع ما ذكر فى العقدين ، اتحد الجنس أو اختلف وقال فى الفتح تمهيداً لهذه النقول (. . . ويقال أيضاً أنه يجب الألفان ويريد =

(ﻫ) الاختلاف فيما قدمه الزوج للزوجة ، أهو مهر أم هدية ؟ : —

إذا أعطى الزوج زوجته قبل الزفاف أو بعده شيئا من النقود ، أو الحلى أو الثياب ، ولم يذكر وقت إعطائه لها أنه هدية أو من المهر ، ثم اختلفا بعد ذلك ، فالزوجة تقول هو هدية ، والزوج يقول هو من المهر ، فأيهما أقام البينة على دعواه قضى له بها . وإن أقاماها جميعا قدمت بينة الزوجة لأنها تثبت خلاف الظاهر ، إذ الظاهر مع الزوج لأن الإنسان يعمل أولا لإسقاط مافى ذمته . وإن عجزا جميعا عن البينة حكمنا العرف فيكون القول قول الزوجة مع يمينها فيما يجرى العرف بإهدائه ، ويكون القول قول الزوج مع يمينه فيما لم يجر العرف بإهدائه . وإن اشتبه العرف وتعذر تحكيمه ، كان القول قول الزوج مع يمينه لأنه هو المعطى فيرجع إليه فى بيان غرضه من الإعطاء ، ولأن الظاهر أنه يريد اسقاط ما فى ذمته .

وإذا ثبت أن ما أرسله الزوج من المهر ، فإن كان من جنسه وقعت المقاصة وإن كان من غير جنسه وكان باقيا فهى بالخيار ، إن شاءت ردته واستوفت مهرها كاملا ، وإن شاءت احتسبته من مهرها واستوفت الباقى . وإن كان هالكا ، فإن كان مثلياً أن ترد مثله وتأخذ مهرها ، وإن كان قيميا احتسبت قيمته من المهر ورجعت على الزوج بالباقى .

= المذكورة فى العقد الثانى ، مع الألف ، يريد المذكورة فى العقد الأول ، فتجتمع عليه ثلاثة ، لأن الأول قد ثبت ثبوتا لا مرد له ، والمفروض لكون الثانى زيادة فيجب بكماله مع الأول ، — وفى حاشية ابن عابدين « المهر هو الثانى ويكون جميعه زيادة على الأول ولو من خلاف جنسه ، والا فالزيادة بقدر ما زاد على الأول » — وفى الحق أن هذه المسألة اضطربت فيها النقول ونسبة الأقوال لأئمة الحنفية ، وقد اخترنا ما ذكرناه من بين هذه الآراء ، لأنه هو الأنسب فى رأينا — راجع فتح القدير ج٢ ص ٤٤٣ — ٤٤٥ وراجع حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٥٠٨ — ٥٠٩ .

٢٣ — الجهاز وقضاياه : ـ

(ا) هل تلزم الزوجة بالجهاز ؟

علمت فيما تقدم أن المهر ملك الزوجة تتصرف فيه كيف تشاء ما دامت رشيدة ، وعلمت أن المهر حق مشروع لها جعل فى مقابلة البضع إظهاراً لشرف المحل وصوناً لها عن الابتذال ، وعلى هذا فليس المهر فى مقابلة جهاز تعده الزوجة وتزف به إلى زوجها ، وما دام الأمر كذلك فليس من الواجب على الزوجة أن تقوم أو يقوم وليها بتجهيز بيت الزوجية ، وليس لأحد أن يجبرها على ذلك ، وإنما على الزوج وحده أن يقوم باعداد ما يلزم من متاع ، لأن النفقة عليه ومنها المسكن وما يلزمه من متاع .

نعم ، قد تقوم المرأة أو وليها بإعداد الجهاز ، وما يلزم من أثاثه وأدوات ، والعرف جار بهذا بين الناس ، والمرأة بذلك متبرعة ، والمتاع ملكها ، وليس للزوج حق الانتفاع به إلا بإذن منها .

ولكن قد يحدث أن يقدم الزوج للزوجة بعد الاتفاق على المهر قدراً من المال فوق مهرها ، ويصرح بأن هذا فى نظير إعداد الجهاز ، وحينئذ تكون ملزمة بالجهاز فى حدود ما زادها على المهر ، وإن لم تنفذ كان له الحق فى أن يسترد ما أعطى ، وكان عليها أن ترده إليه إلا إذا سكت بعد الزفاف عن المطالبة مدة تدل على رضاه فإنه يسقط حقه ولا يخاصم فيه .

وقد يحدث أن يبالغ الزوج فى المهر ويزيده عن مهر المثل ، ويقصد من وراء هذا أن تقوم الزوجة بإعداد الجهاز أو بإعداد جهاز على حالة خاصة دون أن يفصل الزيادة عن المهر ، وهنا يختلف فقهاء الحنفية ففريق يقول : لا يجب عليها إعداد الجهاز ، لأن المهر ـ بالغا ما بلغ ـ حق الزوجة لا فى مقابلة الجهاز ، وهذا مذهب الجعفرية . وفريق آخر يقول بل تلزم الزوجة

بإعداد الجهاز فى حدود الزيادة لأنه ما زادها فى مهرها إلا من أجل أن تقوم بالجهاز من جانبها ، فإن لم تفعل كان لها مهر المثل فقط ، وهذا نظير ما لو زادها عن مهر مثلها نظير وصف مرغوب فيه ، فإن وجد الوصف كان لها المسمى ، وإن تخلف كان لها مهر المثل لا غير .

هذا مذهب الحنفية والجعفرية . أما المالكية فيرون أن الزوجة الرشيدة التى قبض مهرها إذا قبضت الحال منه قبل بناء الزوج بها ، فإنه يلزمها أن تتجهز به على العادة من حضر أو بدو ، حتى لو كان العرف شراء خادم أو دار لزمها ذلك ، ولا يلزمها أن تتجهز بأزيد منه ، فإن دخل بها قبل القبض فلا يلزمها التجهز إلا إذا كان هناك شرط أو عرف[1] . وعلى هذا فللزوج أن ينتفع بجهاز زوجته وإن كان ملكها سواء أذنت له أو لم تأذن ، بشرط أن يكون الانتفاع فى حدود ما تعارف الناس عليه .. ونرى أن مذهب المالكية أولى بالقبول ، لأنه يساير العرف ويهدف إلى مبدأ التضامن والتعاون بين الزوجين على مواجهة تكاليف الحياة .

(ب) قضايا الجهاز : ـ

قضايا الجهاز كثيرة تقتصر منها على اثنتين فقط لأهميتهما :

(الأولى) — إذا اشترت المرأة أو اشترى لها أبوها جهازاً من مهرها أو من مالها دخل فى ملكها بمجرد الشراء .

وإن اشتراه أبوها من ماله الخاص ، فإما أن يصرح عند الشراء أنه متبرع به ، وإما أن يسكت ولا يصرح بشىء .

فإن اشتراه من ماله وصرح أنه متبرع به ، فإن كانت البنت كبيرة وليست

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٢١ — ٣٢٢ .

فى ولاية أبيها ، وكان الأب فى حال صحته وقت شراء الجهاز وتسليمه لها ، صح تبرعه ودخل الجهاز فى ملكها بالقبض ، وليس للأب ولا لورثته من بعده حق استرداده أو استرداد شىء منه ، لأن التبرع هبة يتم ملكها بالقبض ويمتنع الرجوع فيها لوجود القرابة الرحمية .

وإن كان الأب مريضاً مرض الموت وقت الشراء والتسليم أو وقت التسليم فقط لا يصح التبرع لأنه فى مرض الموت يكون وصية ، والوصية لوارث لا تجوز إلا برضا بقية الورثة ، وعليه فإن أجاز الورثة التبرع دخل الجهاز فى ملكها ، وإن لم يجيزوه كان من ضمن تركة الأب فيقسم بين ورثته وهى منهم فلها نصيبها فيه .

وإن كانت البنت صغيرة أو فى حكم الصغيرة وكان الأب قد اشترى الجهاز حال صحته صح التبرع ، ودخل الجهاز فى ملك البنت بمجرد الشراء ، ولا يتوقف ملكها له على قبضها بنفسها ، لأنها فى ولاية أبيها ، فيده يدها ، وقبضه بمثابة قبضها ، ولذا لا يلتفت إلى التسليم وكونه حال الصحة أو حال المرض كما هو الشأن بالنسبة للبنت الكبيرة . أما إن اشتراه للصغيرة أو لمن فى حكمها وهو فى مرض الموت فلا يصح التبرع لأنه يكون وصية ، والوصية لوارث لا تجوز إلا برضا الورثة . والجعفرية — كما علمت من قبل — يجيزون الوصية للوارث وقانون الوصية المعمول به فى مصر يجيزها للوارث أيضاً . وعلى هذا فالتبرع بالجهاز فى مرض الموت نافذ بشرط أن يكون فى حدود ثلث التركة وما زاد فتوقف على رضا باقى الورثة .

أما إن اشترى الأب الجهاز من ماله وسكت عند شرائه ولم يصرح بشىء ، ثم اختلف مع بنته ، فهو يقول إنه عارية ، والبنت تقول إنه هبة فالحكم أن من أقام منهما البينة على دعواه قضى له بها . وإن أقاماها جميعاً حكم العرف

فإن كان يؤيد دعوى الأب قبلت بينة البنت ، وإن كان يؤيد دعوى البنت قبلت بينة الأب ، لأن البينات تقام على خلاف الظاهر كما علمت . وإن كان العرف لا يشهد لواحد منهما تهاترت البينتان وكان القول للأب مع يمينه ، لأنه هو المعطى وقوله يكشف عن قصده ، وقيل القول للبنت مع يمينها لأنها صاحبة اليد ، واليد دليل الملكية ظاهراً . وإن عجزا جميعاً عن البينة فالقول لمن يشهد له العرف مع يمينه وإن كان العرف لا يشهد لواحد منهما فالقول للأب مع يمينه لأنه هو المعطى ، وقيل للبنت مع يمينها لأنها صاحبة اليد .

هذا هو الحكم فى الخلاف بين الأب وابنته ، وهو عين الحكم لو كان الخلاف بين الأم وبنتها ، أو بين الجد وبنت ابنه ، لأن تجهيز الأم أو الجد كتجهيز الأب عرفاً ، وهو عين الحكم أيضاً بالنسبة لورثة هؤلاء جميعاً .

(الثانية) — إن اختلف الزوجان فى متاع البيت الذى يسكنانه فادعى كل منهما ملكيته ، فالحكم أنه إن أقام أحدهما البينة على دعواه حكم له بها . وإن أقاماها جميعاً قبلت بينة من لا يشهد له الظاهر ، فإن كان الظاهر يشهد للزوجة بأن كان المتنازع فيه مما يصلح لها خاصة كأدوات زينتها قبلت بينة الزوج ، وإن كان الظاهر يشهد للزوج بأن كان المتنازع فيه مما يصلح له خاصة كثيابه الخاصة قبلت بينة الزوجة ، وإن كان الظاهر لا يشهد لواحد منهما بأن كان المتنازع فيه مما يصلح لهما كالسرر والبسط والآنية تهاترت البينتان وكان القول قول الزوج مع يمينه ، لأن الظاهر معه حيث أن البيت وما فيه تحت يده ، وإن عجزا جميعاً عن البينة فالقول قول الزوج مع يمينه فيما يصلح له خاصة ، والزوجة مع يمينها فيما يصلح للنساء خاصة باتفاق بين أبى حنيفة وصاحبيه .

أما ما يصلح لهما معا فقال أبو حنيفة ومحمد : القول قول الزوج مع يمينه ،

لأنه صاحب اليد على البيت وما فيه(١) فكان الظاهر معه ، وقال أبو يوسف : القول قول الزوجة مع يمينها فيما تجهز به عادة ، والعادة ظاهر يشهد لها ، وما زاد على ذلك فالقول فيه للزوج مع يمينه ، لأن وضع اليد عليه ظاهر يشهد له .

هذا إذا كان الخلاف بين الزوج والزوجة ، أما إذا كان بين ورثتهما ، أو بين أحدهما وورثة الآخر فالحكم عين ما تقدم على الخلاف السابق غير أن أبا حنيفة جعل القول للزوجة مع يمينها إن كان الخلاف بينها وبين ورثة الزوج لأنها صاحبة اليد فكان الظاهر معها(٢).

ومذهب الجعفرية فى الاختلاف الذى يقع فى متاع البيت بين الزوجين ، أو بين أحدهما وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما ، إن ما يصلح للنساء يحكم به للزوجة أو ورثتها ، وما يصلح للرجال يحكم به للزوج أو ورثته ، وما يصلح للرجال والنساء يقسم بين الزوج والزوجة ، أو بين ورثتهما ، أو بين أحدهما وورثة الآخر ، ما لم تقم بينة على خلاف ذلك فيقضى بها .

---

(١) ولا يلتفت إلى ما للزوجة من يد على البيت ، لأن يدها يد حفظ ، فهى كيد الوديع لا تدل على الملك ، أما يد الزوج فيد تصرف ، واليد المتصرفة يد ملك ، فكانت هى الأقوى .

(٢) ولا يلتفت ليد ورثة الزوج لأن يد الزوجة سابقة على يد الورثة حيث كان لها يد فى حياة الزوج إلا أنها كانت مغلوبة بيد الزوج فلما مات ظهرت ، أما يد الورثة فطارئة بعد موت الزوج . وأيضاً يد الزوجة يد أصيلة ، ويد الورثة خلف فلا تعارض ما هو الأصل .

الحق الثانى من حقوق الزوجة ــ النفقة

١ — تعريفها : ــ

النفقة بمعناها العام اسم لما ينفقه الإنسان على زوجته وأقاربه ومماليكه . وكلامنا هنا عن نفقة الزوجة ، وهى ما تحتاج إليه من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وأثاث وكل ما يلزمها على جهة الكفاية(١) وعلى ما يجرى به عرف الناس .

٢ — حكم النفقة والدليل عليه :

النفقة حق واجب للزوجة على زوجها ، ودليل ذلك القرآن والسنة والإجماع والعقل .

أما القرآن ، فقوله فى شأن الزوجات « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقوله فى شأن المطلقات ، وهو يدل بالأولى على وجوب النفقة للزوجات « اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » . . . إلى أن قال « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها . . . » .

وأما السنة ، فأحاديث كثيرة ، منها قوله عليه الصلاة والسلام « اتقوا الله فى النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

وأما الإجماع ، فقد انعقد من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على وجوب النفقة على الزوج لزوجته ، ولم يخالف فى ذلك أحد .

---

(١) وفى مسائل الخلاف ج ٢ ص ١٢٨ أن نفقة الزوجات مقدرة وهى مد مقدره رطلان وربع .

وأما العقل ، فيقضى أن كل من حبس نفسه لمصلحة غيره وجب على ذلك الغير أن يقوم بنفقته لعدم تفرغه لحق نفسه ، كالقاضى يستحق نفقته من بيت المال ، لأنه حبس نفسه لمصلحة الدولة . والزوجة قد حبست نفسها لحق زوجها ، وتفرغت لشئون بيتها ، فوجبت نفقتها على زوجها عملا بالأصل العام «كل من حبس نفسه لحق غيره ومنفعته فنفقته على من احتبس لأجله» .

٣ — سبب استحقاق الزوجة للنفقة : ـ

للنفقة على جهة العموم أسباب ثلاثة : الزوجية ، والقرابة ، والملك .

أما النفقة الخاصة بالزوجة فسببها العقد الصحيح بشرط احتباس الزوجة وقصرها نفسها على زوجها ليتمكن من الاستمتاع بها والانتفاع بثمرة الزوجية وليس بلازم وجود الاحتباس بالفعل ، بل يكفى أن يوجد منها الاستعداد له وعدم الامتناع من الدخول فى طاعة الزوج .

٤ — شروط استحقاق النفقة : ـ

مما تقدم يتبين أن الزوجة تستحق النفقة على زوجها إذا توفرت الشروط الآتيـة :

١ — أن يكون العقد صحيحاً .
٢ — أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية .
٣ — أن لا يفوت على الزوج حقه فى احتباس الزوجة بغير مبرر شرعى وبسبب ليس من جهته .

٥ — متى تجب النفقة للزوجة ومتى تسقط ؟ : ـ

وعلى ضوء الشروط المتقدمة يمكن معرفة متى تجب النفقة للزوجة على زوجها ومتى تسقط ، وإليك التفصيل :

(أولا) تجب النفقة للزوجة فى الحالات الآتية :

(أ) إذا لم يفت على الزوج حقه أصلا ، بأن كانت الزوجة صالحة للحياة الزوجية وانتقلت فعلا إلى بيت الزوج ، أو لم تنتقل ولكنها مستعدة للنقلة ولا تمانع فيها ، لأن التسليم موجود حقيقة أو حكما .

(ب) إذا فوتت الزوجة على الزوج حقه بمبرر شرعى يبيح لها عدم الدخول أو عدم البقاء فى طاعته ، كما لو امتنعت من تسليم نفسها لعدم إعطائها معجل مهرها ، أو لعدم إعداد المسكن الشرعى لها ، أو تركت بيت الزوج لأنه لا يؤمن على نفسها أو مالها.

(ح) إذا فات على الزوج حقه بسبب منه لا منها ، كما لو كان صغيراً يصلح للمعاشرة وهى تصلح لها(١) ، أو كان به ما يمنعه من مباشرة الزوجة كالمرض أو أحد العيوب الجنسية ، أو كان محبوساً فى جريمة أو دين عليه ، أو غير ذلك من كل ما يرجع فوات الحق معه إلى الزوج وحده .

(ثانياً) تسقط نفقة الزوجة فى الحالات الآتية :

(أ) إذا كان عقد الزواج باطلا أو فاسداً ولو سلمت المرأة نفسها لمن عقد عليها لأن التسليم فى هذه الحالة فساد يجب رفعه ، ولهذا لو تزوج رجل من امرأة وسلمها النفقة ثم تبين له فساد العقد كان له حق الرجوع عليها بالنفقة إن كانت بفرض القاضى . أما إن كان أعطاها النفقة بدون فرض القاضى فليس له حق الرجوع . والفرق بين الحالتين : أنه بالقضاء يكون ملزماً بالدفع إليها

---

(١) اعتمدنا من مذهب الجعفرية ما ذكره صاحب الأحكام الجعفرية فى ص٤٢ من أن الزوجة تستحق النفقة بالتمكين ولو كان الزوج صغيراً لا يقدر على المعاشرة . ولكن ذكر الطوسى فى مسائل الخلاف ح ٢ ص ١٢٨ أنه إذا كانت الزوجة كبيرة والزوج صغيراً لا نفقة لها وإن بذلت التمكين .

بناء على كونها مستحقة للنفقة ، فإذا ظهر عدم استحقاقها رجع عليها بما أدى . إذ مع الإلزام بالأداء بعد الفرض ينتفى احتمال التبرع ، بخلاف ما لو أعطاها مختاراً دون فرض ولا إلزام ، حيث يكون احتمال التبرع قائماً ، والنفقة شبيهة بالصلة فلا يرجع فيها ، وهذا مذهب الجعفرية أيضاً إلا أنهم قالوا : إذا كان الزوج يعتقد الوجوب عليه وكان يدفع لها بهذا العنوان لا تبرعاً فله حق الرجوع على المرأة بما أعطى .

(ب) إذا كانت الزوجة صغيرة لا يمكن الانتفاع بها لا فى الاستمتاع ، ولا فى الائتناس ، ولا فى الخدمة وهذا باتفاق بين الحنفية والجعفرية لأن احتباسها وعدمه سواء .

والزوجة الصغيرة التى لا يمكن الدخول بها ، ولكن يمكن الانتفاع بها فى الخدمة والمؤانسة ، لا نفقة لها عند أبى حنيفة ومحمد والجعفرية ، لأن المقصود من الزواج لايمكن استيفاؤه منها . وقال أبو يوسف إن نقلها الزوج إلى بيته وأمسكها للائتناس بها وجبت لها النفقة ، لأن الاحتباس وإن كان ناقصاً لا يؤدى إلى كل المقصود من الزواج إلا أن الزوج قد رضى به ناقصاً حيث نقلها إلى بيته ، ولو لم ينقلها ما وجبت لها نفقة . وهذا الرأى هو المفتى به فى مذهب الحنفية .

(حـ) إذا كانت الزوجة مريضة مرضاً يمنعها من الانتقال إلى بيت الزوج فلا نفقة لها باتفاق لأن الاحتباس غير ممكن ، وإذا فات الاحتباس فات ما يقابله وهو النفقة .

أما إن كانت الزوجة مريضة مرضاً لا يمنعها من الانتقال إلى بيت الزوج ولكن يمنع من مباشرة الزوج لها فالصحيح المفتى به أنها تستحق النفقة بعد الانتقال بالفعل وكذا قبله ما دامت لا تمانع فيه لأن المرض طارىء قابل للزوال

والزواج ملحوظ فيه الدوام ، فلا تسقط فيه الحقوق بالأمور العارضة التي لا دخل للإنسان فيها ، وحسن المعاشرة بين الزوجية يقضي بوجوب النفقة وعدم سقوطها بعارض المرض .

أما إذا زفت الزوجة إلى زوجها غير مريضة ، ثم مرضت عنده فلها نفقتها سواء أبقاها في بيته أو ردها إلى بيت أبيها ، فإن طلبها بعد ما ردها كان عليها أن تعود إليه فإن امتنعت وكانت تستطيع العودة ولو محمولة سقطت نفقتها . وإن عجزت عن العودة بأية صورة لا تسقط نفقتها لأنها مع العجز لا تكون ناشزة (١).

(د) إذا نشزت الزوجة بأن تركت بيت الزوج وخرجت عن طاعته ، أو أبت أن تنتقل إليه بدون مبرر شرعي . ويلحق بهذا منعها الزوج من دخول بيتها الذي تملكه ويقيم معها فيه بدون أن يسبق منها طلب تحويلها إلى بيت له .

والزوجة الناشزة يسقط حقها في النفقة مدة نشوزها ، فإن عادت إلى طاعة الزوج عادت لها نفقتها من حين عودتها ، وليس لها حق في المطالبة بالنفقة عن مدة نشوزها ، لأن الساقط لا يعود ، بل ذهب فقهاء الحنفية إلى أن نفقتها المتجمدة على الزوج قبل النشوز تسقط بالنشوز ولو كانت مفروضة بحكم للقاضي ، إلا ما استدانته بالفعل بإذن الزوج أو القاضي فإنه لا يسقط بالنشوز وإنما يسقط بالأداء أو الإبراء لا غير .

---

(١) يرى فقهاء الأحناف أن نفقات علاج الزوجة من أجرة الطبيب وثمن الدواء وما سوى ذلك لا يلزم الزوج ، لأنه ليس من النفقة . وإنما علاجها ونفقاته من مالها إن كانت غنية ، ومن مال من تلزمه نفقتها على فرض عدم زواجها إن كانت فقيرة . ولكن مقتضى العشرة بالمعروف قيام الزوج بكل ذلك ما دام قادراً ، وهذا أقل ما يكون من وفاء الزوج لزوجته .

(ه) إذا حبست الزوجة قبل الزفاف أو بعده ولو ظلما فى غير حق للزوج سقط حقها فى النفقة مدة حبسها ، لأن حق الزوج قد فات بسبب لا دخل له فيه . وعن أبى يوسف أن حبسها بعد الزفاف بغير حق لا يفوت حقها فى النفقة لأنه لا دخل لها فى ذلك ولا قبل لها بدفعه فكانت معذورة . أما إن حبست فى حق لزوجها فلها النفقة باتفاق بين الحنفية ، لأن السبب من جانبه فهو الذى فوت حق نفسه . وقال الجعفرية إن حبست فى دين تقدر على إيفائه فلا نفقة لها مدة حبسها إلا إذا كان الزوج هو الذى حبسها فى دين له ، ولا تسقط النفقة مع عجزها عن التخلص من الحبس .

(و) إذا غصبت الزوجة ، بأن أخذها إنسان كرهاً وحال بينها وبين زوجها مدة سقطت نفقتها مدة غصبها ، لفوات حق الزوج بسبب ليس من جهته ، وذهب الجعفرية وهو رواية عن أبى يوسف إلى أن لها النفقة إن تحقق الإكراه وتعذر عليها تخليص نفسها لأن تفويت الحق على الزوج ليس بسبب منها .

(ز) إذا سافرت الزوجة وحدها أو مع غير محرم أو محرم ، أى سفر كان ولو لأداء فريضة الحج سقط حقها فى النفقة لأنها فوتت على الزوج حقه ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وذهب أبو يوسف والجعفرية إلى ان الزوجة لو سافرت بعد الزفاف لأداء فريضة الحج مع محرم لها كأبيها أو أخيها كان لها الحق فى نفقة الإقامة ، لأن أداء الفريضة ضرورة شرعية يحتمل معها فوت حق الزوج ،

وإذا سافرت الزوجة مع زوجها ، فإن كان الزوج هو الذى أراد السفر وأخذها معه كان لها نفقة السفر . وإن كانت هى التى أرادت السفر وأخذته معها ، أو كان كل منهما مريدا للسفر كان لها نفقة الإقامة فقط .

وإذا أراد الزوج أن يسافر بزوجته فأبت أن تسافر معه ، فإن كانت مسافة السفر مسافة قصر - وهي مقدرة بما يستغرق قطعه ثلاثة أيام على الأقل بالسير الوسط مع الراحة المعتادة - فلا تسقط نفقتها لأن لها الحق في الامتناع .

وإن كان السفر دون مسافة القصر فامتنعت سقطت نفقتها حيث لا حق لها في الامتناع . ولا فرق بين كون السفر من مصر إلى مصر ، أو من مصر إلى قرية ، أو من قرية إلى مصر . وقيل إن كان السفر من مصر إلى مصر فلا حق لها في الامتناع إلا إن كان الزوج غير مأمون عليها . وقيل غير ذلك .

والأولى - في مسألة السفر بالزوجة - أن نترك الأمر إلى المفتي أو القاضي لينظر فيه على ضوء من واقع الحال ، ثم يفتي أو يحكم فيه برأيه ، لأن الزوج الذي تضيق به سبل العيش في بلد ويريد السفر إلى أخرى أوفر رزقا وأيسر عيشا ، أو الموظف الذي ينقل بحكم وظيفته من بلد إلى بلد أو من قطر إلى قطر لا نستطيع أن نحكم بجواز امتناع زوجته عن السفر معه . وعكس ذلك الزوج الذي لا يريد من السفر بزوجته إلا مجرد الإضرار بها وإبعادها عن أهلها ، أو الزوج الذي يريد السفر بزوجته ليتمكن من إيذائها أو من الاستيلاء على مالها ، الزوج الذي هذا قصده لا نستطيع أن نحكم بوجوب سفر زوجته معه أو يسقط حقها في النفقة . والمتأمل في قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) يستطيع أن يخرج بنتيجة هي عين ما ذكرناه ، ولا يقال أن الآية في شأن المطلقات ، لأنها تدل بالأولى على نفس الحكم في غير المطلقات . والذي استقر عليه العمل الآن، أن الزوج له حق السفر بزوجته إلى أي بلد كان بشروط ثلاثة :

الأول : أن يكون الزوج أمينا على نفسها ومالها .

الثاني : أن لا يقصد من السفر الإضرار بها أو الكيد لها .

الثالث : أن يكون الزوج قد أوفاها ما اتفقا على تعجيله من المهر .

وهذا الذى استقر عليه الرأى ، هو عين مذهب الجعفرية (١) .

(ح) إذا كانت الزوجة محترفة عملا يضطرها إلى أن تكون خارج البيت طوال النهار أو بعضه ، ثم تعود إلى البيت بعد فراغها منه ، وكان ذلك بغير رضا الزوج وموافقته سقط حقها فى النفقة لأنها فوتت على الزوج حقه فى الاحتباس الكامل .

أما إن كان ذلك برضا الزوج وموافقته ، فلا يسقط حقها فى النفقة لأنه يعتبر مسقطاً بعض حقه ، وراضياً بالاحتباس الناقص .

أما اشتغال الزوجة بالحياكة أو الخياطة فى بيت الزوجية فليس للزوج أن يمنعها منه أو يمنعها النفقة بسببه ما دام لا يمنع ذلك من استيفاء الزوج حقه كاملا .

٦ — تقدير نفقة الزوجة : —

النفقة الواجبة للزوجة ، تشمل الطعام والكسوة والمسكن وكل ما تحتاج إليه الزوجة فى معيشتها .

والأصل أن الزوج يقوم بالاتفاق على زوجته فيقدم لها الطعام ، ويعد لها الكسوة ، ويهىء لها المسكن وكل ما تحتاج إليه ، فإن قام بهذا كله ومكن الزوجة منه لم يكن لها أن تطلب فرض نفقة لها ، وإن طلبت لاتجاب إلى طلبها وهذا النوع من النفقة هو ما يسمى بنفقة التمكين .

وإذا منع الزوج النفقة عن زوجته ، أو قصر فيها أو ماطل ، كان من حق

---

(١) انظر الأحكام الجعفرية ص ٤٢ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٢ ص ٤٩٥ — ٤٩٦ .

الزوجة أن تطلب فرض نفقة لها ، فإن قدرها الزوج وتراضيا عليها فبها ، وإلا فلها أن ترفع أمرها إلى القاضى ، والقاضى يفرض لها النفقة بكل أنواعها إن قام الدليل على ما ادعت من المنع أو التقصير أو المماطلة . وهذا النوع من النفقة هو مايسمى بنفقة التمليك .

٧ — ما يجب أن يراعى عند تقدير النفقة : —

وإذا أراد القاضى أن يقدر نفقة الزوجة فلابد أن يراعى أمرين .

الأول : حال الزوج المالية دون التفات إلى حال الزوجة ، فإن كان الزوج موسراً فرض لها نفقة اليسار ولو فقيرة وإن كان معسراً فرض لها نفقة الإعسار ولو غنية . وإن كان متوسط الحال فرض لها نفقة وسطا . وهذا قول صحيح فى مذهب الحنفية وهو أيضاً مذهب الشافعية ، وعليه العمل الآن فى القضاء السنى ، وهو الذى يشهد له قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها » .

وهناك قول آخر صحيح للحنفية وكان عليه العمل من قبل ، وهو أن النفقة تقدر بحسب حال الزوجين معاً ، فإن كانا موسرين فرض لها نفقة اليسار . وإن كانا معسرين فرض لها نفقة الإعسار . وإن كانا متوسطى الحال ، أو كانا أحدهما موسراً والآخر معسراً فرض لها نفقه وسطا . وعند فرض الوسط والزوج معسر يؤدى ما فى وسعه ، والباقى دين عليه يؤديه عند اليسار .

وهناك قول ثالث ضعيف فى مذهب الحنفية ، وهو المعتمد فى مذهب الجعفرية ، حاصله أن النفقة تقدر بحال الزوجة دون التفات إلى الزوج فإن كانت موسرة فلها نفقة اليسار ولو كان الزوج فقيراً . وإن كانت معسرة فلها

نفقة الإعسار ولو كان الزوج غنياً . وإن كانت متوسطة فلها نفقة الوسط ، وفى كل هذا يؤدى الزوج ما فى وسعه والباقى دين عليه إلى الميسرة .

ثم إنه كما يراعى عند الفرض حال الزوج يساراً وإعساراً ، أو حالهما ، أو حال الزوجة على الخلاف ، يجب أن يراعى باتفاق حال الزوج من ناحية وقت القدرة على الأداء ، فإن كان من أصحاب الدخل السنوى فرضت عليه لكل سنة . وإن كان من أصحاب المرتبات الشهرية فرضت عليه لكل شهر ، وإن كان ممن يتقاضون أجرهم يوماً بيوم فرضت عليه لكل يوم . والجارى عليه العمل الآن أن بعض القضاة يفرضها لكل شهر فى الطعام ولكل ستة أشهر فى الكسوة . وبعضهم يفرضها لكل شهر فى الطعام والكسوة والسكن.

الثانى : حال الأسعار من ارتفاع وانخفاض ، لأن ما يفرض للزوجة إنما هو ثمن لما يلزمها فيجب أن يراعى ذلك عند تقدير النفقة حتى لا يضار الزوج ولا تضار الزوجة .

وإذا كان لابد من مراعاة حال الزوج المالية وحال الأسعار عند الفرض فلابد من مراعاة ذلك أيضاً بعد الفرض ، فالزوجة التى فرضت لها نفقة الإعسار لفقر زوجها ، أو قدرت لها نفقة فى حال رخص الأسعار ثم حدث بعد ذلك أن أيسر الزوج أو ارتفعت الأسعار يجب على القاضى — بناء على طلب الزوجة — أى يعدل نفقتها بما يتناسب مع ما صار إليه حال الزوج أو مع ما صارت عليه حال السوق من غلاء ، وكذلك العكس إن تبدل حال الزوج من غنى إلى فقر ، أو تبدلت حال السوق من غلاء إلى رخص يجب على القاضى أن يعدل النفقة بناء على طلب الزوج .

كذلك إذا تبين أن القاضى أخطأ فى تقدير النفقة بالزيادة أو النقصان كان عليه أن يراجع نفسه ويعدل المفروض ، بناء على طلب من يهمه الأمر من الزوجين .

٨ — أنواع النفقة الواجبة للزوجة : ـ

قلنا أن النفقة الواجبة للزوجة تشمل الطعام والكسوة والمسكن والخادم ولنتكلم على كل نوع من هذه الأنواع الأربعة على التفصيل :

(النوع الأول) ـ نفقة الطعام :

يجب على الزوج أن يقدم لزوجته كفايتها من الطعام بمجرد العقد الصحيح سواء انتقلت إلى بيته ، أو لم تنتقل وكانت مستعدة للانتقال ، مع إمكان استيفاء أحكام الزواج منها فى الجملة ، فإن بخل عليها فامتنع عن النفقة أو قصر أو ماطل فيها وطلبت منه أن يفرض لها نفقة معلومة من الطعام فأبى ، أو فرض لها ما لا يقوم بكفايتها ، كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضى — كما قلنا — وعلى القاضى بعد التأكد من ظلم الزوج لها أن يفرض لها نفقة الطعام مع مراعاة حال الزوج المالية وحال الأسعار ارتفاعاً وانخفاضاً عند بدء التقدير وبعده حتى لا يضار أحد الزوجين . ومذهب الجعفرية أن النفقة تتغير بتغير الأسعار غلاء ورخصاً ولا تتغير بتغير حال الزوجين أو أحدهما يساراً واعساراً وهى معتبرة بحال الزوجة وحدها .

والنفقة المفروضة يجوز أن تكون أصنافاً من الطعام يكلف الزوج بإحضارها للزوجة ، ويجوز أن تكون مقدار معيناً من المال تعطاه الزوجة وتتولى هى بنفسها شراء ما يلزم لها .

(النوع الثانى) ـ الكسوة :

وكذلك تجب الكسوة على الزوج لزوجته ، ويراعى فيها عند الفرض ما يراعى فى تقدير نفقة الطعام من حال الزوج عسراً ويسراً عند الحنفية وحال الزوجة عند الجعفرية ومن حال السوق غلاء ورخصاً باتفاق . ويجوز أن

تفرض أنواعاً من الثياب يكلف الزواج بإحضارها للزوجة ، أو تفرض مبلغاً من المال تعطاه الزوجة وتشترى هى لنفسها ما يلزم لها .

ولما كان ما يحتاجه الإنسان من ثياب فى الصيف غير ما يحتاجه منها فى الشتاء ، كان على الزوج أن يكسو زوجته كسوة فى الصيف ، وكسوة فى الشتاء ، وإن امتنع فرض القاضى عليه ذلك عيناً أو نقداً .

ولما كان لكل بلد لباس خاص وجب أن يراعى عرف البلد الذى يقيم فيه الزوجان .

وإذا فرض القاضى كسوة للزوجة ثم اتضح أنه أخطأ فى تقديره كان عليه أن يتدارك هذا الخطأ بتقدير جديد يرفع به الظلم عن الزوج أو الزوجة ، فمثلا لو فرض القاضى للزوجة كسوة لمدة ستة أشهر ثم تبين أن هذه الكسوة تمزقت بالاستعمال المعتاد قبل مضى المدة كان عليه أن يفرض لها كسوة أخرى يرفع بها عنها ظلم التقدير السابق . أما لو بليت الثياب قبل مضى المدة بالاستعمال فوق المعتاد فلا يفرض لها كسوة أخرى لأنه لم يتبين خطؤه فى التقدير السابق ، وكذا لا يقضى لها بكسوة أخرى لو فقدت كسوتها بنحو سرقة أو غصب لأنها ملكتها بالاستلام فضمانها عليها والزوج برئت ذمته بالتسليم فلا ترجع عليه بشيء .

وإذا فرض القاضى كسوة الزوجة ثم اتضح — بعد الاستعمال المعتاد وبعد مضى المدة المقررة لها — أنها لازالت صالحة للاستعمال فليس للقاضى أن يفرض لها كسوة أخرى لأنه تبين خطؤه فى التقدير حيث بقيت الكسوة وقتاً فوق الوقت الذى قدر لها ، أما لو بقيت الكسوة فوق المدة المقررة لعدم استعمالها أو لاستعمالها مع كسوة أخرى فعلى القاضى فرض كسوة أخرى لها بمجرد انتهاء المدة لأنه لم يظهر خطؤه إذ لو أنها استعملتها وحدها لبليت فى المدة المقررة .

(النوع الثالث) ـ نفقة المسكن :

ويجب على الزوج أن يقوم بإسكان زوجته فى مسكن يراعى فيه حاله المالية ويراعى فيه أيضاً أن يكون بحيث تتوفر فيه للزوجة حياة الاستقرار والراحة والبعد عن كل ما يعكر صفو الحياة الزوجية ، فإن لم يقم الزوج بهذا من تلقاء نفسه كان للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضى ، وكان على القاضى أن يفرض على الزوج إسكانها فى دار على حدة ، أو فى بيت من دار ، أو فى حجرة من بيت حسب يسار الزوج أو إعساره ، على المفتى به من مذهب الحنفية ، وحسب يسار الزوجة أو اعسارها عند الجعفرية ، ومذهب الحنفية يشهد له قوله تعالى « اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » .

وإذا وجبت السكنى وكان المسكن حق الزوجة فليس للزوج أن يسكن معها أحداً من أقاربه بغير رضاها لأنها تتضرر بذلك ، وقد تخشى ممن يسكن معها على نفسها أو مالها ،وقد يمنعها ذلك من تمام المعاشرة مع زوجها .واستثنى الحنفية ابنه الصغير غير المميز من غيرها فأباحوا له إسكانه معها ولو بغير رضاها . وأباح الجعفرية إسكانه إن لم تتضرر به وكان ذلك موافقاً لعادة أمثالها . وعله هذا الاستثناء أن الصغير غير المميز لا يخشى منه على نفس أو مال ، ولا يفوت بوجوده تمام العشرة الزوجية .

وكما لا يجوز للزوج إسكان أحد مع زوجته بغير رضاها كذلك لا يجوز للزوجة إسكان أحد معها فى بيت الزوجية بغير رضا الزوج حتى ولو كان ابنها الصغير غير المميز من غيره ، لأن البيت ملك الزوج فلا يجبر على أن يسكن فيه من لا تلزمه سكناه .

وما دمنا قد اشترطنا فى المسكن أن تتوفر فيه راحة الزوجة فيجب على الزوج أن يختار لها مسكناً غير موحش ، له جيران صالحون مأمونون ،

فلو أسكنها فى دار موحشة لا جيران لها ، أو لها جيران لا تأمنهم على نفسها أو مالها ، كان لها حق طلب النقلة إلى مسكن آخر ، وعلى الزوج إجابتها إلى ما تريد . وإذا جمعها فى مسكن واحد مع ضرتها أو مع أحد أقاربه كأمه أو أخته فطلبت النقلة إلى مسكن مستقل وجب عليه إجابة طلبها .

وإذا كان يسكنها مع ضرتها أو أحد أقاربه فى دار واحدة وكل فى بيت من الدار على حدة فطلبت النقلة إلى بيت بعيد عن ضرتها أو أقاربه كان عليه أن يجيبها إلى النقلة بالنسبة للضرة ولو لم يكن منها إيذاء مطلقاً ، لأن مجرد وجود الضرة بالقرب منها إيذاء لها . أما بالنسبة للأقارب فلا يجب عليه تحقيق رغبتها فى النقلة لمجرد قربهم منها ، نعم إن تحقق أنهم يؤذونها بالقول أو بالفعل كان عليه أن ينقلها إلى مسكن بعيد عنهم للأذى الذى ينالها منهم .

وإذا لم يقم الزوج بإعداد المسكن الشرعى للزوجة كان على القاضى أن يفرض للزوجة بدلا مالياً لسكناها مراعياً فى تقديره حال الزوج أو الزوجة على الخلاف بين الحنفية والجعفرية ، ومراعياً أيضاً أجور المساكن ارتفاعاً وانخفاضاً ، ومراعياً مع ذلك مايجرى عليه العرف فى حال المسكن ومايشتمل عليه من متاع .

(النوع الرابع) ـ نفقة الخادم :

وإذا كان الزوج معسراً فلا يجب عليه نفقة خادم لزوجته لأن الواجب عليه أدنى نفقة الكفاية وهى تكتفى بخدمة نفسها .

وإذا كان موسراً فلها نفقة خادم أو أكثر تبعاً ليساره ولحاجة الزوجة إلى الخدمة ، وهذا رأى أبى يوسف ومذهب المالكية . وقال أبو حنيفة ومحمد والجعفرية ليس على الزوج أكثر من نفقة خادم واحد لأن فيه الكفاية وما زاد عليه فضرب من الترف لا يكلف به الزوج ، والفتوى — فى مذهب

الحنفية — على رأى أبي يوسف لأنه موافق للعرف فمن الناس من يكتفى بخادم واحد، ومنهم يحتاج إلى أكثر، وما دام الأمر يمشى مع الحاجة فلا وجه للقول بأن الزيادة عن الواحد ضرب من الترف لا يكلف به الزوج.

٩ — الإجراءات التى تتخذ مع الزوج عند امتناعه عن أداء النفقة المفروضة:

وإذا امتنع الزوج عن أداء النفقة التى فرضها على نفسه أو فرضها القاضى عليه، فإن كان موسراً وله مال ظاهر باع القاضى من له جبراً عليه وأعطى الزوجة الثمن لتنفق منه على نفسها.

وإن كان موسراً ولكن ليس له مال ظاهر كان للزوجة الحق فى طلب حبسه وعلى القاضى أن ينذره ويؤنبه مرة أو مرتين على مماطلته، فإن تمادى فى المماطلة حبسه، وتقدير مدة الحبس موكول لرأى القاضى، وعن أبى حنيفة أن أدنى مدة الحبس شهر، وعنه أن أدناها ستة أشهر. والذى عليه العمل الآن فى القضاء المصرى أن مدة الحبس لا تزيد على شهر واحد.

والغرض من هذا الحبس عقوبة الزوج على مماطلته مع إساره، وحمله على أن يقوم بالإنفاق على زوجته. ولا يسقط بالحبس دين النفقة، ولا يمنع من بيع ما يظهر بعد ذلك من مال فيها، لأن الحبس ليس عوضاً عن النفقة الواجبة، وإنما هو وسيلة للحمل على الأداء كما قلنا.

أما إن كان الزوج معسراً لا مال له أصلا، أو له مال لايستغنى عنه فى حوائجه الأصلية. فليس للقاضى حق حبسه لأنه مع عجزه عن النفقه يكون حبسه ظلماً، وليس من وراء الحبس فائدة ترجى كما هو الشأن فى حبس الموسر من حمله على الإنفاق.

ولكن ماذا تفعل الزوجة إن ثبت عجز زوجها عن النفقة؟ الذى تفعله أن تطلب من القاضى — وبعد تقدير النفقة لها — أن يأذن لها فى الاستدانة على

الزوج ، فإن أذن لها وجب على من تلزمه نفقتها من أقربائها — على فرض كونها غير متزوجة — أن يعطيها ما فرضه القاضي ويكون ديناً له على الزوج ، ولا يجوز للقريب فى هذه الحالة أن يمتنع من إعطائها النفقة ، فإن امتنع كان للقاضي — بعد أن ينذره — أن يحبسه حتى يعطيها النفقة ، وهو يرجع بها على الزوج إذا أيسر .

وهل للزوجة الحق فى أن تطلب من القاضى أن يفرق بينها وبين زوجها لعجزه عن النفقة ؟ . الذى ذهب إليه الحنفية والجعفرية أن الزوجة لا حق لها فى طلب التفريق ، وليس من حق القاضى أن يجيبها إليه ، لأن التفريق ضرر يلحق الزوج ولا يمكن تداركه ، أما العجز عن النفقة فضرر يلحق الزوجة وفى الإمكان تداركه بأن يأذن لها القاضى فى الاستدانة ، كما أن العجز لا يدوم فقد تتبدل الحال ، ويغتنى الزوج بعد فقر ، ويصبح قادراً على النفقة بعد عجزه عنها والله تعالى يقول فى شأن المعسرين عامة « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » ويقول فى شأن المعسرين من الأزواج « لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا » .

على هذا الرأى الذى لا يرى التفريق بسبب العجز عن النفقة ، يجرى العمل إلى الآن فى العراق ، وكان العمل به أيضاً فى القضاء المصرى إلى سنة ١٩٢٠ م ثم ترك العمل به من هذا التاريخ إلى ما أخذ من مجموع مذهب المالكية والشافعية والحنابلة . وهو أنه يجوز للقاضى أن يفرق بين الزوجين بسبب عجز الزوج عن النفقة ، أو بسبب امتناعه عنها مع القدرة عليها ، وتعتبر الفرقة هنا طلاقاً رجعياً فللزوج الحق فى مراجعة الزوجة ما دامت فى العدة ، بشرط أن يثبت قدرته على النفقة إن كان التفريق بسبب عجزه عنها ، وبشرط أن يثبت استعداده للإنفاق إن كان التفريق بسبب امتناعه مع قدرته .

١٠ — الكفالة بالنفقة :

كثيراً ما تطلب الزوجة من الزوج أن يعطيها كفيلا بنفقتها وبخاصة عندما يكون الزوج لا مال له وإنما لا يزال يعيش على مال أبيه . فهل الكفالة بالنفقة جائزة وتقع صحيحة أو لا ؟

القياس أن الكفالة بالنفقة لا تجوز ، وإذا وقعت وقعت باطلة ، لأن الكفالة إنما تجوز بالديون المعلومة الصحيحة ، والنفقة قبل فرضها لم يتقرر فيها شيء معلوم على الزوج فلم تكن ديناً فى ذمته حتى تصح الكفالة به . وبعد الفرض تكون ديناً فى ذمة الزوج ولكنه دين غير صحيح ، لأن الديون الصحيحة هى التى لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، والنفقة كما تسقط بالأداء أو الإبراء تسقط بأمور أخرى كالموت والنشوز . نعم هناك حالة واحدة تكون النفقة فيها ديناً صحيحاً وهى ما إذا فرضت النفقة وأذن للزوجة فى الاستدانة واستدانت بالفعل .

على هذا القياس سار الجعفرية فلم يجعلوا للزوجة الحق فى أخذ كفيل بالنفقة جبراً على الزوج على أية حالة من الحالات .

وعلى هذا القياس أيضاً أبو حنيفة بالنسبة للنفقة غير المفروضة فلم يجز الكفالة بها . أما النفقة المفروضة بالتراضى أو القضاء فقد خالف فيها القياس وقال بصحة الكفالة بها استحساناً عند خوف السفر وطول الغيبة ، وعلى هذا فلو رفعت الزوجة أمرها إلى القاضى تقول : إن زوجها يريد السفر وتخشى أن تطول غيبته فهى تطلب كفيلا عنه بالنفقة المفروضة كان على القاضى أن يجبر الزوج على إعطائها كفيلا بنفقة شهر واحد متى كانت النفقة مقررة شهرية حتى ولو كانت مدة السفر أكثر من شهر .

أما أبو يوسف فقد خالف القياس ، وجرى فى مسائل النفقة على أصل

الاستحسان فقال بصحة الكفالة بنفقة الزوجة مطلقاً لافرق بين كون النفقة مفروضة أو غير مفروضة ، ولا بين كون الزوج مقيما أو قاصداً سفراً ، ولا بين كون مدة سفره طويلة أو قصيرة ، وعلى هذا فللزوجة عند العقد حق طلب الكفيل بالنفقة ما دامت الزوجية قائمة ، والزوج يجبر على إعطائها الكفيل ، والكفالة بنفقة الزوجية تنسحب على نفقة عدة الطلاق لبقاء بعض أحكام الزواج مدة العدة .

وليس من شك فى أن هذا المذهب — مذهب أبى يوسف — أيسر وأرفق لما فيه من حفظ حق الزوجة ، مع عدم الإضرار بمصلحة الزوج ، لذا كانت الفتوى عليه ، وبه جرى العمل فى القضاء الشرعى السنى(١) .

١١ — نفقة زوجة الغائب : —

المراد بالغائب من يتعذر إحضاره أمام القاضى لمخاصمته فى النفقة التى تطالب بها زوجته ، سواء أكان مسافراً طويلا أم مختفياً فى البلد الذى تقيم فيه الزوجة .

فإذا غاب الزوج وطلبت زوجته من القاضى أن يفرض لها نفقة عليه ، فإما أن لا يترك الزوج مالا ظاهراً ، وإما أن يترك مالا ظاهراً من جنس النفقة كالنقود والمطعومات ، وإما أن يترك مالا ظاهراً ليس من جنس النفقة كالعقارات والحيوانات ، فهذه ثلاث حالات لكل منها حكم خاص :

(الحالة الأولى) إذا لم يترك الزوج الغائب مالا ظاهراً :

إذا لم يترك الزوج الغائب مالا ظاهراً وطلبت الزوجة من القاضى فرض

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين على الدر المختار حـ ٢ ص٦٦٨ - ٦٦٩ ، والأحكام الجعفرية ص ٤٧ .

نفقة لها عليه كان على القاضى أن يفرض لها النفقة على زوجها ثم يأذن لها فى الاستدانة عليه ، ويجب على من تلزمه نفقتها من أقاربها — على فرض كونها غير متزوجة — أن يدينها وهو يرجع بما أعطاها على الزوج عند حضوره : وليس هذا قضاء على الغائب وإنما هو إعانة لها على الوصول إلى حقها ، وعلى القاضى — محافظة على حق الزوج — أن يحلفها اليمين — يمين الاستيثاق — أنها زوجته تستحق النفقة عليه فليست ناشزة ، ولا مطلقة انقضت عدتها ، ولا عجل لها النفقة ، وعلى القاضى أيضاً أن يأخذ منها كفيلا بما تستدينه على زوجها حتى يكون للدائن حق الرجوع على الكفيل إن ظهر أنها لا تستحق النفقة.

وإذا طلبت الزوجة فى هذه الحالة — حالة كون الزوج لم يترك مالا ظاهراً — التفريق بينها وبين زوجها الغائب لا تجاب إلى طلبها عند الحنفية وقال الجعفرية إذا غاب الزوج وجهل خبره ولم يكن للزوجة من ينفق عليها وطلب فسخ الزواج أجلها الحاكم أربع سنوات ويتحرى عنه فإن لم يعرف خبره تعتد عدة الوفاة، ثم تحل للأزواج بعد أن يطلقها ولى الغائب أو الحاكم .

(الحاله الثانية) — إذا ترك الزوج الغائب مالا ظاهراً من جنس النفقة :

إذا ترك الزوج الغائب مالا ظاهراً من جنس النفقة فإما أن يكون فى بيته وفى متناول الزوجة ، وأما أن يكون وديعة أو ديناً على شخص . فإن كان فى متناول الزوجة ورفعت أمرها إلى القاضى ليفرض لها النفقه ، كان على القاضى أن يفرض لها ثم يأمرها بأخذ المفروض من مال زوجها ، ولا يكون هذا قضاء على الغائب بل هو من باب إعانة صاحب الحق على الوصول إلى حقه ، إذ يجوز للزوجة شرعاً أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها بالمعروف دون حاجة إلى قضاء .

وإذا ترك الزوج مالا من جنس النفقة ولكنه ليس تحت يد الزوجة وإنما هو وديعة أو دين على شخص ما ، فإن كان المودع أو المدين مقراً بالوديعة أو الدين ، ومقراً بالزوجية ، فرض لها القاضى النفقة فى ماله وأمر المودع أو المدين أن يسلمها ما فرض لها من مال الزوج الذى عنده أو فى ذمته ، لأن إقرار المودع أو المدين بالزوجية اعتراف منه بأن الزوجة لها حق فيما عنده من مال الزوج .

وإن كان المودع أو المدين لا يعترف بمال عنده للزوج ولا بالزوجية ، أو يعترف بالمال فقط ، أو بالزوجية فقط ، فإن كان القاضى يعلم ما ينكره المودع أو المدين فرض لها النفقة وأمر المودع أو المدين بتسليمها ما فرض لها مما عنده للزوج ، وليس هذا من قبيل قضاء القاضى بعلمه ، بل هو من قبيل إعانة صاحب الحق على الوصول إلى حقه .

وإن كان المودع أو المدين ينكر الزوجية والمال أو ينكر واحداً منهما ، والقاضى لا علم له بما ينكره ، فمذهب أبى حنيفة وصاحبيه أنه لاتسمع دعوى الزوجة فى قيام الزوجية أو فى أن للزوج وديعة أو ديناً على المنكر لأن شرط سماع الدعوى وجود خصم للمدعى ، ومن عنده المال ليس خصما للزوجة فى شيء من ذلك . ومذهب زفر أنه تسمع دعوى الزوجة وتطلب منها البينة على ما أنكره المودع أو المدين فإن أقامتها قضى لها بالنفقة وأمر المنكر بأدائها لها من مال زوجها الذى عنده ، ومع القضاء بالنفقة لا يقضى بالزوجية عند زفر لأن ذلك قضاء على الغائب وهو لا يجوز ، وإنما أجازه فى النفقة لحاجة الزوجة إليها ، وهـذا الرأى هو المفتى به وعليه العمل ، لأن القضاء بالنفقة سد لحاجة الزوجة ، وليس فيه ضرر على الزوج الغائب لأنه يحتاط لحقه بتحليفه يمين الاستيثاق ، وبأخذ كفيل منها بما أخذت ليرجع

عليه الزوج إن تبين عدم استحقاقها للنفقة . ومذهب الجعفرية أنه تسمع الدعوى ويطلب منها البينة ، فإن أقامتها قضى لها بالنفقة وبالزوجية .

(الحالة الثالثة) — إذا كان للزوج الغائب مال ليس من جنس النفقة :

إذا كان للزوج الغائب مال ليس من جنس النفقة ، وطلبت الزوجة من القاضى أن يفرض لها نفقة على زوجها ، كان عليه أن يفرض لها ، ولكن ليس لها ولا للقاضى بيع شيء من مال الزوج فى نفقتها المفروضة ، بل يؤجر من هذا المال ما يصلح أن يؤجر وتعطى الزوجة نفقتها المفروضة من أجرته ، وهذا الحكم باتفاق بين أبى حنيفة وصاحبيه ، أما أبو حنيفة فلأنه يرى أن مال المدين لا يباع فى دينه مطلقاً ، وأما صاحباه فلأنهما يريان أن مال المدين لا يباع فيما عليه من دين إلا إذا امتنع من أدائه ، ومع غيبته لم يثبت امتناعه حتى يباع ماله فيما عليه من دين . ومذهب الجعفرية أنه يجوز أن يباع المتاع والعقار فى نفقة الزوجة إن لم يكن للغائب مال من جنس النفقة ، وتحلف الزوجة يمين الاستيثاق ويؤخذ منها كفيل بما أخذت .

هذا هو رأى الحنفية والجعفرية فى نفقة زوجة الغائب . وقد كان العمل فى مصر قبل سنة ١٩٢٠ على مذهب زفر لأنه يحقق مصلحة الزوجة ولا يضر بمصلحة الزوج ، وفى سنة ١٩٢٠ صدر القانون رقم ٢٥ وهو يقضى بأن نفقة زوجة الغائب تنفذ فى ماله سواء أ كان من جنس النفقة أم من غير جنسها ، كما يقضى بأنه يجوز للقاضى أن يطلق زوجة الغائب إن طلبت ذلك لغيبته وعدم استطاعتها الحصول على نفقتها ، وهذا نص المادة السادسة من القانون المذكور « إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم

بالنفقة فى ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلا ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها علق عليه القاضى بعد مضى الأجل ، فإن كان بعد الغيبة لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل ، أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى . وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة » .

١٢ — متى تكون النفقة ديناً على الزوج ؟ : ـ

نفقة الزوجة واجبة على زوجها من وقت وجود سببها ، لا خلاف فى ذلك بين الفقهاء ، ولكن قد لا يؤدى الزوج ما وجب عليه من النفقة لزوجته فتنفق هى على نفسها من مالها الخاص ، أو من مال غيرها ، فهل تكون نفقة المدة التى أنفقت فيها على نفسها ديناً على الزوج فترجع به عليه ؟ أو لا تكون ديناً فلا ترجع عليه بشىء ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك ، فذهب الحنفية إلى أن النفقة لاتصير ديناً بمجرد عدم الإنفاق ، وإنما يجرى فى ذلك التفصيل الآتى :

(أ) إذا لم تفرض للزوجة نفقة بالتراضى أو بالقضاء ، فأنفقت هى على نفسها من مالها أو من مال غيرها مدة شهر أو أكثر ، فليس لها أن ترجع على زوجها بما أنفقت ، لأن النفقة لا تصير ديناً على الزوج إلا بعد تراضى الزوجين عليها ، أو حكم القاضى بها ، وذلك لأن النفقة فيها معنى الصلة فلا يتأكد حق الزوجة فيها إلا بالقضاء أو التراضى . ولا فرق فى هذا الحكم بين كون الزوج لم ينفق على زوجته لغيبته ، أو لعسره ، أو لمجرد الامتناع مع يساره ، وقيدنا الحكم بمدة شهر أو أكثر ، لأنها لو أنفقت على نفسها

مدة أقل من شهر كان ما أنفقته ديناً على الزوج لها حق الرجوع به عليه ، لأن ما دون الشهر هو المدة التى تمضى عادة حتى يتم التقاضى أو التراضى على النفقة ، فلو قلنا بسقوط النفقة فيها لكان إجحافاً بالزوجة .

(ب) إذا فرضت النفقة بالقضاء أو التراضى ، ولم يأذن الزوج أو القاضى للزوجة فى الاستدانة ، أو أذن لها ولكن لم تستدن بالفعل ، كان ما أنفقته على نفسها ديناً على الزوج ، فلها أن تطالبه به ، وعليه أداؤه لها بالغاً ما بلغ ، طالت المدة أو قصرت ، إلا أن هذا الدين ضعيف غير صحيح فكما يسقط بالأداء أو الإبراء ، يسقط بنشوز الزوجة ، وبموت أحد الزوجين ، وبالطلاق بسبب من جهة الزوجة على الراجح . لأن النفقة وإن صارت ديناً بالقضاء أو التراضى إلا أن ما فيها من معنى الصلة يضعف معنى الدينية فكان سقوطها بغير الأداء أو الإبراء لهذا السبب .

(حـ) إذا فرضت النفقة بالتراضى أو القضاء وأذن الزوج أو القاضى للزوجة فى الاستدانة فاستدانت بالفعل ، كان ما استدانته ديناً صحيحاً على الزوج لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، لأن معنى الدينية تأكد بالاستدانة المأذون فيها، إذ مع الإذن تكون استدانة الزوجة استدانة الزوج، وما استدانه الزوج بنفسه لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فكذا ما استدانته نيابة عنه بإذنه وهو ظاهر ، أو بإذن القاضى لعموم ولايته على الزوج والزوجة . ثم إن صاحب الدين فى هذه الحالة له الحق فى أن يرجع على الزوج أو على الزوجة بما استدانته ، بخلاف ما لو استدانت بغير إذن حيث لا يكون له حق الرجوع إلا على الزوجة وحدها (١) .

---

(١) انظر فتح القدير حـ ٣ ص ٣٣٢ .

هذا هو مذهب الحنفية وهو الذى عليه العمل إلى الآن فى العراق .

وذهب الجعفرية والمالكية والشافعية وأحمد فى المشهور عنه إلى أن النفقة الواجبة للزوجة لا تسقط عن الزوج بحال من الأحوال إلا بالأداء أو الإبراء ، لأن النفقة عندهم حق للزوجة على زوجها من حين العقد ، فلا يحتاج فى إثباته واستيفائه إلى قضاء أو تراض ، ولا يسقط ما تراكم منها بغير الأداء أو الإبراء .

وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الرأى الأخير ، وترك العمل بمذهب الحنفية ، فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٢٠ م على أنه (تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت لزوجها ولو حكما ، ديناً فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه ، بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ، ولا يسقط دينها إلا بالأداء ، أو الإبراء) .

ولا شك أن العمل بهذا المذهب أولى لأنه يحفظ على الزوجة حقها فى النفقة الواجبة لها على زوجها .

غير أن المشرع المصرى أدرك فيما بعد أن هذا القانون أصبح أداة كيد فى يد بعض الزوجات ، فقد ثبت أن كثيرات منهن كن يتعمدن عدم المطالبة بالنفقة عدة سنوات حتى يتجمد منها مبلغ طائل يرهق الزوج ، ثم يطالبنه بعد ذلك بمتجمد النفقة دفعة واحدة ، نكاية فيه ، وإرهاقاً له . . . أدرك المشرع المصرى هذا فتدارك الأمر فى الفقرة السادسة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ونصها (لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات « ميلادية » نهايتها تاريخ رفع الدعوى) . . . وليت القانون جعل

الحد الأعلى للمطالبة بالنفقة الماضية سنة واحدة ، إذاً لكان ذلك أرفق بالأزواج ، وأبعد عن كيد الكثير من الزوجات .

١٣ — الإبراء من دين النفقة : —

من المقرر شرعاً أن الإبراء لا يكون إلا من دين ثابت فى ذمة المدين . وقد علمت أن نفقة الزوجة قبل فرضها لا تكون ديناً فى ذمة الزوج ، وعلى هذا فلا يصح إبراء الزوجة زوجها من نفقتها قبل فرضها لا عن الماضى ولا عن المستقبل لأن الإبراء فى هذه الحالة لا يصادف ديناً فى ذمة الزوج فيقع لاغياً .

وإذا تم فرض النفقة صح إبراء الزوجة زوجها عن النفقة الماضية ، كما يصح إبراؤها إياه عن النفقة المستقبلة ، بشرط دخول أول مدتها ، فإن كانت مفروضة لكل شهر فدخل أول الشهر صح إبراؤه من نفقة ذلك الشهر لثبوتها فى ذمته حيث أنها تستحق فى أوله ، وإن قدرت النفقة لكل يوم ، أو كل أسبوع ، أو لكل سنة فالحكم هو الحكم لا يتغير ، وعليه فلا يصح الإبراء عن نفقة مدة وراء المدة التى دخل أولها ، فإن أبرأته عن نفقة شهرين أو أكثر مثلا لا يسرى الإبراء إلا على الشهر الذى دخل أوله ، وحينئذ يكون للزوجة الحق فى مطالبته بنفقة غير الشهر الأول الذى سرى عليه الإبراء ، وعلة ذلك أن النفقة إنما تفرض لمعنى يتجدد بتجدد الشهر فما لم يتجدد الشهر لا يتجدد الفرض . وما لم يتجدد الفرض لا تكون نفقة الشهر واجبة ، وما لا يكون واجباً لا يتصور الإبراء منه .

وذهب الجعفرية إلى أن الإبراء عن النفقة قبل فرضها وبعده صحيح بالنسبة للمدة الماضية ، أما نفقة المستقبل فيصح الإبراء منها على يوم واحد

دخل أوله سواء أكانت مفروضة عن كل يوم ، أم عن كل أسبوع ، أم عن كل شهر ، أم عن كل سنة .

١٤ ـ المقاصد بدين النفقة : ـ

إذا صارت نفقة الزوجة ديناً على الزوج بالقضاء أو الرضا ، وكان للزوج دين على زوجته فطلب أحدهما المقاصة ـ أي أن يسقط ما في ذمته في مقابلة مقداره مما في ذمة صاحبه ـ فإما أن يكون دين النفقة صحيحاً ، وإما أن يكون ضعيفاً ، فإن كان صحيحاً بأن كانت النفقة مستدانة بالفعل بإذن الزوج أو القاضي أجيب طالب المقاصة إلى طلبه حتما . لاستواء الدينين في القوة .

وإن كان دين النفقة ضعيفاً ، بأن كانت النفقة مفروضة ولكن لم يؤذن للزوجة في استدانتها . فإن كان طالب المقاصة هو الزوج أجيب إلى طلبه حتما لأن دينه قوى ودين الزوجة ضعيف . وإن كان طالب المقاصة هو الزوجة لا تجاب إلى طلبها إلا برضا الزوج ، لأن دينه قوى ودينها ضعيف ، وصاحب الدين القوى لا يجبر على ترك دينه في مقابلة دين ضعيف .

وذهب الجعفرية إلى أن الزوجة لو طلبت مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها لا تجاب اطلبها إذا كان الزوج غير ممتنع عن أداء نفقتها ، إلا برضا الزوج . فإن كان ممتنعاً عن أداء نفقتها وقعت المقاصة جبراً عليه ، وكذا لو كان ماله عليها مساوياً للنفقة المستحقة عليه . وإذا طلب الزوج مقاصة دين نفقتها بماله عليها أجيب إلى طلبه إن كانت موسرة غير ممتنعة عن أداء ما عليها ، فإن كانت معسرة ، أو كانت موسرة غير ممتنعة عن أداء ماعليها ، لا يجاب إلى طلبه إلا إذا تساوى ماله وما عليه فحينئذ تقع المقاصة جبراً .

وبعد ما عرفته من أن القضاء المصرى اعتبر دين النفقة صحيحاً على أية حال ، ـ كما هو مذهب المالكية والشافعية والجعفريه ـ يتحتم

بناء على هذا أن تقع المقاصة جبراً إذا طلبها الزوج أو الزوجة لاستواء الدينين فى القوة .

هذا ، وقد وقعت فى مصر محاولة تشريعية للأخذ بما ذهب إليه الحنابلة والجعفرية من أن الزوج إذا طلب المقاصة وزوجته معسرة لا يجاب إلى طلبه ولا تجبر الزوجة عليها ، وكان غرض المشرع المصرى من وراء هذه المحاولة التى لم تتم أن يصون الزوجة عن التعرض للحاجة والحرمان ، فالنفقة ضرورة من ضرورات الحياة للزوجة ، وليس من العدل أن تجرى المقاصد فيما لا غنى لها عنه ، ومن المقرر شرعاً أن قضاء الدين إنما يجب فى الفاضل عن حوائج الإنسان الضرورية ، ولا شك أن هذا الرأى فيه رفق ورحمة بالزوجة المعسرة .

١٥ — تعجيل النفقة : —

إذا عجل الزوج لزوجته نفقة شهر أو شهرين مثلا ثم حصل فى أثناء هذه المدة مايوجب سقوط النفقة كالنشوز أو موت أحد الزوجين ، فليس للزوج ولا لأحد من ورثته بعد موته حق فى استرداد شىء من النفقة المعجلة عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأن النفقة لها شبه بالصلة ، والصلات يتم ملكها بالقبض ، ويمنع من الرجوع فيها كونها بين الزوجين .

وذهب محمد بن الحسن والشافعى وابن حنبل والجعفرية ، إلى أنه يحسب للزوجة نفقة ما مضى ويسترد منها الباقى ، لأنها تستحق النفقة جزاء احتباسها ، وبعد النشوز أو الموت فإن الاحتباس فلا يكون لها حق فى النفقة عن المدة الباقية فيجب رد ما يقابلها .

١٦ — نفقة المعتدة : —

المعتدة إما أن تكون معتدة من طلاق رجعى ، أو معتدة من طلاق

بائن ، أو معتدة من وفاة . أو معتدة من فسخ الزوجية لسبب يستوجبها ، ولكل حكمها :

فالمعتدة من طلاق رجعى لها النفقة باتفاق ، سواء أكانت حاملا أم غير حامل لأن الطلاق الرجعى لا يزيل ملكا ولا حلا . وأما المعتدة من طلاق بائن ببينونة صغرى او كبرى ، فلها النفقة بأنواعها الثلاثة (الطعام والكسوة والمسكن) عند الحنفية سواء أكانت حاملا أم غير حامل لعموم قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » فهو يشمل جميع المطلقات سواء أكان الطلاق بائناً أم كان رجعياً ، وسواء أكانت المرأة حاملا أم غير حامل ، وعام القرآن لا يخصص إلا بدليل قطعى ، ولم يوجد .

وقال الجعفرية لا نفقة للمعتدة من طلاق بائن أو خلع إن كانت غير حامل لأن المبتوتة أو المخالعة قد زالت زوجيتها التى هى سبب استحقاقها للنفقة ، وانعدام السبب يستتبع انعدام المسبب ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفرض لفاطمة بنت قيس نفقة وقال لها (لا نفقة لك ولا سكنى) وكانت مبتوتة وهذا أيضاً ، رأى ابن حنبل وابن أبي ليلى ، وبه قال الشافعى فى النفقة خاصة أما السكنى فقال بوجوبها للمبتوتة لعموم قوله تعالى فى المطلقات (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » .

وإن كانت المبتوتة أو المخالعة حاملا فلها النفقة عند الجعفرية والشافعية حتى تضع حملها ، كما هو مذهب الحنفية لقوله تعالى « وإن كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » .

وأما المعتدة من وفاة فلا حق لها فى شيء من النفقة بكل أنواعها الثلاثة حاملا كانت أو غير حامل ، وهذا باتفاق بين الحنفية والجعفرية . لأن مال الزوج انتقل بوفاته لورثته . وإذاً فلا مال للزوج حتى تأخذ منه الزوجة نفقتها

التي لم تصر ديناً بعد ، ولا شيء يجب لها على الورثة حتى ترجع به عليهم . وفي رواية عند الجعفرية أن الحامل المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها (١) ، والأظهر من مذهب الشافعية أنه يجب للمتوفى عنها زوجها السكنى لا غير ، وغير الأظهر لا سكنى لها كما لا نفقة لها (٢) .

وأما المعتدة بسبب فسخ الزوجية فمذهب الحنفية أن لها النفقة بكل أنواعها إن كان الفسخ بسبب من قبل الزوج مطلقاً ، أو بسبب من قبل الزوجة ليس بمعصية . فإن كان سبب الفسخ معصية الزوجة كردتها أو اتصالها بأحد أصول الزوج أو فروعه اتصالا غير مشروع ، فلا حق لها في نفقة الطعام والكسوة . ولها نفقة السكنى فقط ، وعلة ذلك أن الطعام والكسوة خالص حقها فيسقط بمعصيتها ، أما السكنى ففيها مع حق الزوجة حق لله تعالى ، وما كان فيه حق لله لا يسقط بفعل العبد ، ولهذا المعنى لو خالعت امرأة زوجها على أن لا نفقة لها ولا سكنى سقطت نفقتها ولا تسقط سكناها .

ومذهب الجعفرية أن فرقة الفسخ والانفساخ الموجب للبينونة في الحال توجب سقوط النفقة إن كانت الزوجة غير حامل ، سواء أكان سبب الفرقة هو الزوج أم الزوجة ، وفرقة الفسخ المعلق على انقضاء العدة ، إن كانت من قبل الزوجة كردتها بعد الدخول بها ، توجب سقوط النفقة ، وإن كانت من قبل الزوج كردته بعد الدخول لا توجب سقوط النفقة . وقد عرفت من قبل أن اتصال الزوجة غير المشروع بأحد أصول الزوج أو فروعه لا يفسخ النكاح إن كان طارئاً عليه عند الجعفرية ، وعلى هذا فلا تسقط نفقتها بهذا الاتصال خلافاً لما ذهب إليه الحنفية .

---

(١) الاستبصار للطوسي ج ٢ ص ٣٤٥ . والمختصر النافع ص ٢١٩ (هامش) .
(٢) السراج الوهاج شرح المنهاج ص ٤٥٥ .

هذا ولا فرق بين نفقة الزوجة ونفقة المعتدة فى كل ما تقدم من أحكام تتعلق بسقوط النفقة وعدم سقوطها ، وصيرورتها ديناً قوياً أو ضعيفاً ، وغير ذلك من الأحكام التى سبق الكلام عنها .

« الحق الثالث من حقوق الزوجة » ـ عدم الإضرار بها .

الزوجية رابطة مقدسة يجب العمل على تقويتها وتوثيقها ، حتى تؤتى ثمرتها فى ظل من الاستقرار والطمأنينة .

والشارع الذى جعل الرجل قواماً على المرأة بمقتضى طبيعته التى فطر عليها . وبما أنفق من ماله ، لم يخف عليه أن بعض الناس يسىء استعمال حقه ، ويتعدى مدى سلطته ، فيقسو على زوجته وهو أحق بأن يرحمها ، ويسعى فى إلحاق الضرر بها وهو أولى بإبعاد الضرر عنها ، لم يخف ذلك على الشارع الحكيم فنبه الزوج فى أكثر من آية ، وأكثر من حديث ، إلى أن يعدل ولا يظلم ، ويرحم ولا يقسو ، وينفع ولا يضر . فقال عز من قائل «فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » وقال « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف » وقال « فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » . وقال عليه الصلاة والسلام (خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلى (١) » وقال « لا يفرك (٢) مؤمن مؤمنة ، إن كره منها خلقاً رضى منها آخر » وقال « . . ألا واستوصوا بالنساء خيرا فإنما هن عوان(٣) عندكم لستم تملكون منهن شيئاً غير ذلك (٤) وقال « . . ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا فى البيت » .

---

(١) أهل الرجل زوجته (٢) يفرك بفتح الياء وفتح الراء أى يبغض .
(٣) عوان أى أسيرات .
(٤) يريد ملك الاستمتاع .

هذا هو خلق القرآن، وأدب الإسلام، فليس من حاد عنه من الأزواج، وسلك غير طريق المؤمنين فآذى زوجته بالقول أو بالفعل، كان من حق الزوجة أن ترفع أمرها إلى القضاء، وكان على القاضي — بما له من ولاية عامة — أن يحضر الزوج ويزجره بالقول فإن ارتدع فبها وإلا كان له أن يعزره بما رآه من ألوان التعزير حتى يمسك عن أذى زوجته، وليس للزوجة أن تطلب التفريق للضرر، ولا يملك القاضي أن يجيبها إليه — هذا هو مذهب الحنفية والجعفرية وهو ما يجرى عليه العمل إلى الآن فى العراق.

أما فى مصر فقد رأى المشرع أن من الأزواج من يبالغ فى أذى زوجته، ويسرف فى إلحاق الضرر بها، ولا ينفعه تذكير، ولا يرده عن ظلمة تعزير، ورأى أن مذهب الحنفية ومن وافقهم لا يساعد الزوجة على الخلاص من هذه الزوجية التى لا تطاق، فأعرض عن مذهب الحنفية وأخذ بمذهب مالك الذى يعطى للزوجه الحق فى أن تطلب التفريق للضرر، ويعطى للقاضي سلطة التطليق جبراً على الزوج طلقة واحدة بائنة، ولا شك أن فى هذا رفقاً بالزوجة وإنصافاً لها.

«الحق الرابع للزوجة» — العدل عند تعدد الزوجات

إذا تزوج الرجل بأكثر من واحدة، وجب عليه أن يعدل بين زوجاته فى المأكل والملبس والمسكن والبيتوتة، فإن فضل واحدة على غيرها فى شيء كان آثماً (١)، وقال الجعفرية لا حق للزوجة إلا فى ليلة من أربع فإن كان له

(١) هذا على المختار من مذهب الحنفية من أن النفقة تكون على حسب حال الزوج وحده. وأما على القول بأن النفقة تكون على حسب حال الزوجين معاً كما هو رأى بعض الحنفية أو على حسب حال الزوجة وحدها كما هو رأى الجعفرية وبعض الحنفية فلا يجب على الزوج التسوية بين زوجاته فى النفقة إن اختلفن يساراً وإعساراً، بل له أن يزيد نفقة الموسرة على نفقة المعسرة.

زوجتان أو ثلاثا فلكل واحدة ليلة والباقى من الأربع له أن يضعه حيث شاء وعلى هذا فلو كان له زوجتان كان له أن يبيت عند واحدة ثلاث ليال وعند الأخرى ليلة واحدة ، لأن له أن يتزوج من اثنتين أخريين ، وإذا جاز له ذلك جاز له أن يجعل نصيبهما فى المبيت لواحدة من الثنتين اللتين فى عصمته بالفعل .

وأما العدل بين الزوجات فى الحب والميل القلبى ، فهذا مالا يدخل تحت طاقة البشر ، فالقلوب بيد الله يقلبها كيف يشاء ، ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها ، والرسول عليه الصلاة والسلام يقول بعد أن عدل بين زوجاته فيما يملك من نفقة ويتوتة « اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك » .

هذا العدل فى القسم بين الزوجات يستوى فيه الزوجة الغنية والفقيرة ، والعجوزة والشابة ، والبكر والثيب ، والصحيحة والمريضة ، والمسلمة والكتابية[1] ، والقديمة والجديدة ، لأن القسم من حقوق النكاح وجميع الزوجات فى سبب القسم وهو النكاح سواء .

وذهب الشافعى والجعفرية إلى أن الرجل لو تزوج امرأة على زوجته القديمة خص الجديدة بسبعة أيام وقدمها إن كانت بكراً ، وإن كانت ثيبا خيرها بين أن يخصها بثلاثة أيام ويقدمها ، وبين أن يقدم لها سبعة أيام ويقضيها فى حق الباقيات . ودليل الشافعى والجعفرية قول أنس رضى الله عنه : سمعت

---

(١) تقدم أن من يرى من الجعفرية صحة الزواج بالكتابية يقول بأن لها فى القسم نصف ما للمسلمة . والأمة فى القسم على النصف من الحرة ، باتفاق بين الحنفية والجعفرية .

رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود إلى أهله » ولأن الزوجة الجديدة قد تنفر وتستوحش أول الأمر فتكون الزيادة سببا لإزالة وحشتها ونفرتها . وأجاب الحنفية عن هذا بأن الجديدة والقديمة يستويان فى سبب وجوب القسم وهو النكاح فيستويان فى القسم أيضا . قالوا : ولو جاز تفضيل إحدى الزوجات لكانت القديمة أولى ، جبراً لها وتطييبا لخاطرها ، وأجابوا عن حديث أنس بأنه محمول على أنه يبدأ فى القسم بالزوجة الجديدة ، لا على أنه يزيد لها .

هذا ، وليس هناك زمن مقدر للمدة التى يقيمها الزوج عند كل واحدة من زوجاته ، بل يترك ذلك لتقديره هو ، فإن شاء جعل لكل واحدة ليلة ، وإن شاء جعل لكل واحدة ليلتين أو ثلاثا أو أكثر ، ولكن الأولى أن لا تزيد المدة عن أسبوع حتى لا تطول الوحشة على زوجاته[1] .

والمعتبر فى المناوبة بين الزوجات الليل لا النهار إلا إذا كان الزوج ممن يشتغلون ليلا فتكون المناوبة حينئذ نهاراً .

ومتى عين الزوج مدة الدور كان له أن يبدأ بمن شاء ، وكان عليه أن يوفى كل زوجة دورها فليس له أن يزيد فى دور واحدة وينتقص من دور الأخرى إلا إذا أذنت صاحبة الحق له فى ذلك ، أو كانت هناك ضرورة كأن احتاج أن يقيم عندها فوق مدتها ليقوم بتمريضها .

---

(١) قال الكمال ابن الهمام فى الجزء الثانى من فتح القدير ص ٥١٨ (.. لو أراد أن يدور سنة سنة ما يظن إطلاق ذلك له ، بل ينبغى أن لا يطلق له مدة الإيلاء وهو أربعة أشهر ، وإذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب أن تعتبر المدة القريبة ، وأظن أكثر من جمعة مضارة إلا أن ترضيا به) .

وإذا تنازلت إحدى الزوجات عن نوبتها لضرتها صح ، لما ورد من أن سودة رضي الله عنها تنازلت عن نوبتها لعائشة ، وأقر الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك . وإذا أرادت الرجوع فيما تنازلت عنه صح ذلك ، لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط .

وإذا أراد الزوج سفراً فله أن يختار من زوجاته من يشاء للسفر معه ، ولا يجب عليه إجراء القرعة بينهن ، وإن كان ذلك أولى عند الحنفية والجعفرية .

وذهب الشافعية إلى أن القرعة واجبة ، لما روى عن عائشة رضي الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه ، وأيتهن خرجت قرعتها خرج بها .

ورد الحنفية مذهب الشافعية بأن الزوج لا يجب عليه أن يصحب أحداً من نسائه معه في سفره ، فلا يجب عليه أن يقرع بينهن إن أراد السفر بواحدة منهن ، وبأن السفر لا تصلح له كل واحدة فهناك الخفيفة النشيطة ، وهناك الكسلة البليدة ، وهناك من تصلح لحفظ متاعه في غربته ، وهناك من لا تصلح لشيء من ذلك ، وأجاب عن حديث عائشة بأن الرسول كان يفعل القرعة تطييباً لقلوب نسائه لا لوجوب ذلك عليه ، إذ أنه عليه الصلاة والسلام ما كان يجب عليه القسم لا في سفر ولا في حضر ، يشهد لذلك قوله عز وجل « ترجي من تشاء منهن وتؤوي إليك من تشاء ومن ابتغيت ممن عزلت فلا جناح عليك (١) » .

ومن سافر بها لا تحتسب مدة سفرها من أيام دورها عند الحنفية لأن

---

(١) في الآية أفهام أخرى غير هذا الفهم الذي يشهد لمذهب الحنفية فراجع كتب التفسير .

مدة السفر لا تدخل تحت القسم الواجب .وقال الشافعية والجعفرية إذا سافر ببعض نسائه بقرعة فلا يقضي للباقيات . وإذا سافر من غير قرعة فعليه أن يقضي لمن بقى بقدر غيبته مع التي سافر بها ،

وإذا مرض الزوج فى بيت ليس فيه إحدى زوجاته كان عليه أن يدعو كل واحدة منهن لقضاء نوبتها عنده . وإن مرض فى بيت واحدة من زوجاته وكان قادراً على التحويل من بيت إلى بيت وجب عليه أن يتحول إلى بيت الأخرى بعد انتهاء مدة النوبة . وإن كان لا يقدر على التحويل لشدة المرض أقام ما أقام مدة مرضه ثم تحول إلى الأخرى بعد قدرته على التحول وأقام عند الثانية بمقدار ما أقام مريضاً عند الأولى .

وإذا لم يعدل الزوج فى القسم بين زوجاته كان للزوجة الحق فى أن ترفع أمرها إلى القاضى ، وعلى القاضى أن يؤنبه بالقول أو يعزره حتى يعدل فى قسمه ، ولا حق للزوجة فى طلب التفريق لعدم العدل فى القسم ، ولا يجيبها القاضى إلى ذلك لو طلبته . ومذهب مالك يعطى الزوجة حق طلب التفريق للضرر الحاصل من عدم العدل فى القسم ويعطى القاضى سلطة التفريق جبراً على الزوج طلقة واحدة بائنة ، وعلى هذا يجرى العمل فى المحاكم المصرية .

الفصل الثانى

فى : حقوق الزوج على زوجته

أجمل القرآن الكريم حقوق الزوج على زوجته فى هذه الآية « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتى تخافون نشوزهن

فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » . فقوله تعالى « الرجال قوامون على النساء » وقوله « فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » . أثبت للزوج حق الطاعة على زوجته ، فإذا ما سلمها مهرها ، أو سلمها ما اتفق أو تعورف على تعجيله ، كان له عليها حق الدخول فى طاعته ، والانتقال إلى بيته ، وتمكينه من نفسها ، ما دام قد هيأ لها المسكن الشرعى ، فإن امتنعت بعد ذلك عن الدخول فى طاعته كانت ناشزة وسقط حقها فى النفقة كما تقدم . وإذا انتقلت إلى بيت الزوج كان من حقه عليها أن تقر فى البيت ولا تخرج منه بغير إذنه إلا لضرورة كزيارة أبويها فى كل أسبوع مرة ، ومحارمها كالأخ والعم فى كل سنة مرة ، وقيل فى كل شهر مرة ، وعن أبى يوسف تقييد ذلك بعدم قدرتهم على المجىء إليها . وعند الجعفرية تخرج لزيارة والديها ومحارمها بحيث لا يتحقق منها العقوق والقطيعة ولا يقيد ذلك بزمان محدد لأن الأمر يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال .

وإذا مرض أبوها وليس له من يمرضه غيرها كان لها أن تذهب إليه لتقوم على تمريضه ولو بغير رضا الزوج ، ولا تكون بذلك خارجة عن طاعته لأن حق الوالدين مقدم على حق الزوج عند التعارض .

ومن حق الزوج على زوجته أن لا تسمح لأحد بدخول بيته بغير إذنه إلا لأبويها ومحارمها فى الأوقات التى سبق ذكرها ، وفى هذا كله يقول عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله أن تأذن فى بيت زوجها وهو كاره ، ولا تخرج وهو كاره ، ولا تطيع فيه أحداً ، ولا تعتزل فراشه ، ولا تضربه .. » .

ومن حق الزوج على زوجته أن تحسن عشرته ، وترعى ولده ، وتحفظ سره ، وتصون ماله ، وتحيط نفسها وشرفها بسياج من الطهر والعفة ، وأن تتجنب مواطن الشبهات ، ومسالك الفتنة .

ويجب على الزوجة — ديانة — أن تقوم بعمل البيت من خبز وطبخ وغسل وما إلى ذلك ، إن كانت قادرة على العمل وكانت ممن يخدمن أنفسهن فى العادة ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قسم العمل بين على وفاطمة رضى الله عنهما فجعل عليه عمل الخارج وعليها عمل الداخل . أما من ناحية القضاء فقيل تجبر على العمل إن كانت قادرة عليه وممن يخدمن أنفسهن فى العادة وقيل لا تجبر . وإن كانت لا تقدر على العملة ، أو تقدر عليه ولكن أمثالها لا يقمن بالخدمة عادة ، فالواجب على الزوج فى هذه الحالة أن يحضر لها من يقوم بخدمة البيت .

وللزوج على زوجته ولاية التأديب إن خالفته فيما يجب عليها من طاعة ، وقد بين الله لنا طريق التأديب وجعل له حداً أدنى وحداً أعلى ، فقال سبحانه « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

فإن رأى الزوج انحرافاً من زوجته ومخالفة فسبيل علاجها أولا الموعظة الحسنة ، فإن لم تفد الموعظة هجرها فى المضجع هجراً جميلا غير موحش بأن يوليها ظهره أو ينام فى فراش وحده ، فإن لم يفد ذلك أيضاً فله أن يضربها ضرباً غير مبرح ولا مشين .

هذا الذى قلناه وأجملته الآية الكريمة بينه رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله « ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا فى البيت » فإن تعدى الزوج حده ، وتجاوز حقه ، فضرب زوجته بغير حق ، أو ضربها بحق ولكن ضرباً أليماً أو مشيناً كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضى ، وعلى القاضى — إن ثبت لديه عدوان الزوج — أن يعزره بما يراه كافياً لزجره عن معاودة ما ارتكب مع زوجته دون أن يكون له حق فى إيقاع الطلاق جبراً على الزوج للضرر .

ومذهب المالكية — الذى يبيح الطلاق جبرا على الزوج للضرر — يعطى الزوجة فى هذه الحالة حق طلب التفريق ، ويعطى القاضى سلطة إيقاع الطلاق جبرا على الزوج ، طلقة واحدة بائنة ، وعلى هذا يجرى العمل فى القضاء المصرى ، وعلى الأول ، وهو مذهب الحنفية والجعفرية يجرى العمل فى المحاكم العراقية .

هذا وقد مر بك — من قبل — أن الزوج لا ولاية له على مال زوجته ، ولا حق له فيه ، وإنما الولاية لها وحدها على مالها ، إن كانت أهلا للولاية ، وإن لم تكن أهلا لها فالولاية لولى المال دون غيره . .

الفصل الثالث

فى : الحقوق المشتركة بين الزوجين

من أثر الزوجية الصحيحة . وجود حقوق مشتركة بين الزوجين وهى :

١ — حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر ، لأن مقاصد الزواج لا تحصل إلا به .

٢ — حسن المعاشرة ، لأن الحياة الزوجية لا تكون مستقرة سعيدة إلا بأن يحسن كل من الزوجين عشرة صاحبه .

٣ — حرمة المصاهرة ، وقد تقدم أن المصاهرة لحمة كلحمة النسب .

٤ — ثبوت النسب، لأن الولد ثمرة الزواج فالأم والدة ، والأب مولود له ، كما هو نص القرآن الكريم .

٥ — ثبوت التوارث بين الزوج والزوجة ، فأيهما مات ورثه الآخر بمقدار ما فرض الله .

القسم الثاني

في :

فرق الزواج وآثارها

تمهيد

فى : (١) بيان معنى الفرق (٢) أنواعها ومميزات كل نوع (٣) من الفرق ما يتوقف على قضاء القاضى .

١ — معنى الفرق : —

الفرق — لغة — جمع فرقة ، وهى اسم للافتراق ضد الاجتماع .

وفرق الزواج ما تنحل به عقدته ، وتنقطع به علائق الزوجية بين الرجل والمرأة .

٢ — أنواع الفرق ومميزات كل نوع : —

وفرق الزواج نوعان ، نوع يعتبر طلاقاً ، ونوع يعتبر فسخاً ، وتتميز فرق الطلاق عن فرق الفسخ من نواح ثلاثة :

(الناحية الأولى) — ناحية الحقيقة ، فحقيقة الطلاق ، إنهاء عقد الزواج بألفاظ مخصوصة مع تقرير الحقوق السابقة ، وقد يكون إنهاء الزواج فى الحال وذلك فى الطلاق البائن بقسميه ، وقد يكون فى المآل ، وذلك فى الطلاق الرجعى .

أما الفسخ فحقيقته نقض العقد فى الحال ، ورفعه إما من أساسه كأنه لم يكن من قبل ، كالفسخ بخيار البلوغ ، وإما من وقت وجود سببه ، كالفسخ بردة الزوجة .

(الناحية الثانية) — ناحية الأسباب التى يستند إليها كل منهما ، فالطلاق سببه صدور اللفظ الدال عليه من الزوج أو من يقوم مقامه كالوكيل بالطلاق ، والقاضى ، والمفوضة التى جعل الزوج الطلاق بيدها ، ويلحق بلفظ الطلاق الخلع والإيلاء وما فى معناهما من كل ما تكون الفرقة فيه لسبب غير عدم لزوم

العقد وغير وجود المنافى لبقاء الزوجية . والطلاق أياً كان مصدره لا يكون إلا فى زواج صحيح .

أما الفسخ فسببه إما وجود حالات مقارنة للعقد من مبدئه مقتضية عدم لزومه من أول الأمر كالعقد على الصغيرة بولاية عمها مثلا حيث لم يقع العقد لازماً من أول الأمر ، فإذا بلغت الصغيرة ولم ترض باستمرار العقد كانت الفرقة فسخاً للعقد من أساسه ، وأما وجود حالات طارئة على العقد منافية لبقائه كردة الزوجة ، وكاتصالها بأحد أصول الزوج أو فروعه اتصالا يوجب حرمة المصاهرة ، فحيث وجد العارض الذى ينافى بقاء الزوجية وجب الفسخ فى الحال لا على أنه فسخ للعقد من أساسه ، بل على أنه فسخ له من وقت وجود المنافى .

(الثالثة) — من ناحية الآثار المترتبة على كل منهما ، ففرقة الطلاق تحسب من عـــدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته . وفرقة الفسخ لا تحتسب ولا ينقص بها العدد . وفرقة الطلاق بما دون الثلاث يقع الطلاق فى عدتها لأن الطلاق لا ينقص العقد ولا يزيل الحل . وفرقة الفسخ — عدا ما يكون بسبب الردة أو الإباء عن الإسلام(١) — لا يقع الطلاق فى عدتها ، لأن الطلاق أثر العقد ، وقد نقض العقد فلا يثبت طلاق .

هذا ، وقد ضبط فقهاء الحنفية كلا من الطلاق والفسخ بضابط يميز كلا منهما عن صاحبه ، فاتفقوا على أن كل فرقة وقعت من جانب الزوجة تعتبر فسخا ، لأن الطلاق ليس من شأن المرأة .

واختلفوا فى الفرقة التى تقع من جانب الرجل ، فذهب أبو يوسف إلى

---

(١) هذا الاستثناء مبنى على استحسان قصد به الزجر والعقوبة .

أن كل فرقة بسبب من جانب الزوج له نظير يفسخ به من جانب الزوجة تكون فسخا ، وذلك كالفرقة بسبب ردة الزوج ، أو بسبب فعله مع أصول الزوجة أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة . وكل فرقة من جانب الزوج ، أو بسبب من جهته ليس له نظير من جانب الزوجة فإنها تكون طلاقا ، وذلك كالفرقة بلفظ الطلاق ، والفرقة بسبب عيب جنسى فى الزوج كالجب والعنة .

وذهب محمد إلى أن كل فرقة من جانب الرجل ، أو بسبب من جهته مختص بالزواج ، تكون طلاقا ، سواء فى ذلك ما يكون له نظير من جانب الزوجة يفسخ به ، وما ليس له نظير ، وعليه فالفرقة عنده بسبب ردة الزوج أو إبائه الإسلام طلاق لا فسخ .

وذهب أبو حنيفة إلى ما ذهب إليه محمد ، غير أنه خالفه فى الفرقة بسبب ردة الزوج فاعتبرها فسخا لا طلاقا ، لأن من ارتد كمن مات لإهدار دمه ، وفرقة الموت فسخ باتفاق ولا يتصور أن تكون طلاقا ، فكذا فرقة ما هو فى حكم الموت وهو الردة .

٣ — من الفرق ما يتوقف على قضاء القاضى : ـ

ثم إن فرق الزواج على عمومها ، منها ما يتوقف وقوعه على قضاء القاضى ، ومنها ما يقع من تلقاء نفسه وليس بحاجة إلى القضاء ، والضابط فى معرفة ما يحتاج إلى قضاء وما لا يحتاج ، هو أن كل فرقة تبنى على أسباب تكون موضع خفاء ومحل نظر وتحتاج إلى تقدير كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج ، لابد فى إيقاعها من قضاء القاضى ، لأن تقدير الناس يختلف ، وعند الاختلاف يرجع إلى القاضى ليقدر الأمر ويفصل فيه بما يرى .

وكل فرقة تبنى على أسباب جلية ليست محل نظر وتقدير ، كالفرقة بسبب

ظهور خلل فى العقد أو بسبب ردة أحد الزوجين لا تحتاج إلى قضاء ، بل تقع من تلقاء نفسها .

أما الجعفرية ، فلا يرون شيئاً من الفرق بحاجة إلى قضاء القاضى ، بل نجدهم فى التفريق بسبب العنة — وهو أمر يحتاج إلى نظر — يقولون إن الزوجة إذا رفعت أمرها إلى القاضى فأجل الزوج سنة ، كان لها أن تستقل بالفسخ بعد مضى الأجل إن لم يصل الزوج إليها(١) .

وبعد ، فيمكن — على ضوء ما تقدم — أن نجمل فرق الزواج فى الأقسام الآتية :

أولا — فرقة هى طلاق ولا تتوقف على قضاء القاضى .

ثانياً — فرقة هى طلاق وتتوقف على قضاء القاضى .

ثالثاً — فرقة هى فسخ ولا تتوقف على قضاء القاضى .

رابعاً — فرقة هى فسخ . وتتوقف على قضاء القاضى .

وبعد معرفة الضابط الذى يميز فرق الطلاق عن فرق الفسخ ، ومعرفة الضابط الذى يميز ما يحتاج إلى قضاء وما لا يحتاج ، يمكن بسهولة إدراج أفراد كل قسم تحته بسهولة وإليك البيان .

القسم الأول — فرق الطلاق التى لا تتوقف على القضاء :

١ — الفرقة بلفظ الطلاق من الزوج ، أو من وكيله بالطلاق ، أو من الزوجة التى جعلت عصمتها بيدها .

٢ — الفرقة بسبب الخلع .

---

(١) الأحكام الجعفرية ص ٧٦ .

٣ — الفرقة بسبب الإيلاء .

٤ — الفرقة بسبب ردة الزوج على رأى محمد ، خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف والجعفرية فإنها عندهم فرقة فسخ .

القسم الثانى — فرق الطلاق التى تتوقف على القضاء :

١ — الفرقة بسبب اللعان عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف والجعفرية فإنها عندهم فرقة فسخ .

٢ — الفرقة بسبب عيوب الزوج الجنسية ، خلافاً للجعفرية فإنها عندهم فرقة فسخ .

٣ — الفرقة بسبب إباء الزوج عن الإسلام على رأى أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف والجعفرية فإنها عندهم فرقة فسخ .

وقد أخذ المشرع المصرى بمذهب مالك فزاد على ما تقدم الفرقة بسبب الإضرار بالزوجة ، وبسبب إعساره بالنفقة ، وبسبب غيبته أو حبسه .

القسم الثالث — فرق الفسخ التى لا تتوقف على قضاء :

١ — الفرقة بسبب فساد العقد .

٢ — الفرقة بسبب اتصال أحد الزوجين بأحد أصول الآخر أو فروعه اتصالا يوجب حرمة المصاهرة .

٣ — الفرقة بسبب ردة الزوجة .

٤ — الفرقة بسبب ردة الزوج على رأى أبي حنيفة وأبي يوسف والجعفرية .

٥ — الفرقة بسبب خيار العتق للزوجة .

٦ — الفرقة بسبب ملك أحد الزوجين للآخر .

القسم الرابع — فرق الفسخ التي تتوقف على القضاء :

١ — الفرقة بسبب خيار البلوغ للزوج أو للزوجة .

٢ — الفرقة بسبب خيار الإفاقة من الجنون للزوج أو للزوجة .

٣ — الفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج .

٤ — الفرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل .

٥ — الفرقه بسبب إباء الزوجة الإسلام .

٦ — الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام على رأى أبي يوسف والجعفرية .

وهنا ننبه على أمور :

(أولا) — فى كل فرقة تتوقف على قضاء القاضى تبقى أحكام الزوجية قائمة رغم وجود سبب الفرقة حتى يحكم القاضى بها ، فمثلا إذا وجد سبب الفرقة ثم مات أحد الزوجين قبل الدخول وقبل تفريق القاضى تأكد حق الزوجة فى كل المهر ، وكذا يرث أحدهما ما لم يكن هناك مانع من موانع الإرث كاختلاف الدين .

(ثانياً) — من الفرق ما يوجب الحرمة المؤبدة كالفرقة بسبب ما يوجب حرمة المصاهرة ، ومن الفرق ما يوجب الحرمة المؤقتة كالفرقة بسبب خيار البلوغ والفرقة بسبب الردة ، والفرقة بسبب اللعان عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف والجعفرية فإن اللعان عندهم يوجب حرمة مؤبدة .

(ثالثاً) — كل فرقة من قبل الزوجة أو وليها بسبب مشروع ، أو بسبب هو معصية كردتها ، تسقط حقها فى المهر ما لم يتأكد بالدخول الحقيقى أو الحكمى ، وكل فرقة من قبل الزوج لاتسقط شيئا مما وجب للزوجة من المهر ، فلها كل المهر بعد الدخول ، ولها نصفه أو المتعة قبل الدخول ، ويستثنى من

ذلك ما لو اختار الزوج فسخ الزواج قبل الدخول بسبب خيار البلوغ فإنه لا يكون للزوجة حق فى شىء من المهر كما علمت من قبل .

وكل فرقة بسبب وفاة الزوج ، أو معصية الزوجة لا يتقرر معها نفقة للزوجة أثناء العدة كما تقدم عند الكلام عن النفقة .

(رابعاً) — التفريق بسبب الردة إنما هو فى حالة ارتداد أحد الزوجين وبقاء الآخر مسلماً ، أما لو ارتدا معاً وعادا معاً فالزوجية باقية ، ولا حاجة إلى عقد جديد ، كما سيأتى .

الباب الأول

فى : الطلاق

(١) تعريف الطلاق ، الأدلة على جوازه ، حكمة مشروعيته ، صفته الشرعية (٢) ما يقع به الطلاق ، ومن يقع منه ، ومن يقع عليها (٣) طلاق السنة وطلاق البدعة (٤) صريح الطلاق وكنايته (٥) الطلاق المنجز والمعلق والمضاف (٦) الطلاق الرجعى والبائن (٧) الرجعة (٨) تفويض الطلاق إلى الزوجة (٩) طلاق المريض .

الفصل الأول

في : تعريف الطلاق ، والأدلة على جوازه ، وحكمة مشروعيته ، وصفته الشرعية :

١ — تعريف الطلاق :ـ

الطلاق لغة رفع القيد الحسي أو المعنوي ، وشرعاً رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مخصوص صريح أو كناية(١) .

٢ — الأدلة على جواز الطلاق :ـ

ويدل على جواز الطلاق الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والعقل .

أما الكتاب ، فآيات كثيرة منها قوله تعالى (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) وقوله تعالى (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) وقوله (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة) .

وأما السنة ، فأحاديث كثيرة منها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق زوجته حفصة ثم راجعها ، ومنها ما روي من أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال : كان تحتي امرأة أحبها وكان أبي يكرهها فأمرني أن أطلقها فأبيت فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : « يا عبدالله بن عمر طلق زوجتك » .

وأما الإجماع ، فقد انعقد من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على أن للرجل أن يطلق زوجته .

---

(١) يلحق باللفظ الدال على الطلاق ما يفيد معناه من الكتابة وإشارة الأخرس كما سيأتي .

وأما العقل ، فلأن الحياة الزوجية قد تصبح جحيما لا يطاق لسوء العشرة وعدم الألفة ، فأباح الشارع الطلاق للخلاص من حياة هذا شأنها ، ولولا هذا لساءت العاقبة ، وفسدت حياة كثير من الناس .

٣ — حكمة مشروعية الطلاق : —

شرع الله عز وجل الزواج وأراده على جهة الدوام والتأبيد ليكون من ورائه راحة البال وسكن النفس . ودوام الزوجية إنما يرجى عند انسجام الوضع ، وتوافق الطبع . وسكن كل من الزوجين إلى صاحبه إنما يؤمل من وراء توافر الود ، وتبادل الحب .

والزواج رابطة تستمد قوتها من ثقة كل من الزوجين بصاحبه ، وتؤتى ثمرتها لو عرف كل للآخر حقه وقام نحوه بواجبه .

والله الذى يعلم مصالح عباده ، ويعلم أن الخير كل الخير فى دوام الحياة الزوجية واستقرارها ، ويعلم أن الشر كل الشر فى تفريق ما جمع ، وقطع ما وصل لغير ما سبب ، يعلم أن الحياة الزوجية قد تشوبها شوائب ومكدرات ، وتعكر صفوها منغصات ومنغصات ، ويعلم أن الحياة الزوجية مع الخلف جحيم لا يطاق ، فكان من رحمته بعباده أن جعل لهم من ذلك مخلصاً فشرع الطلاق ليكون مخلصاً من زوجية لا روح لها ولا خير فيها ، وتلك — لا شك — حسنة من محاسن التشريع الإسلامى ، إذ من الناس من يخطب المرأة ثم يعقد عليها ويدخل بها ، فيتكشف له من أمرها ما يسوء حيث يرى طبعاً لا يوافق طبعه ، وخلقا لا يلائم خلقه وقد يرى منها ما ينافى الطهر ويجافى العفة ، وكذلك المرأة قد ينكشف لها من أمر زوجها ما يسوء ، فمن الخير — مع قيام هذه المنفرات التى لا يجتمع معها شمل — أن يفترقا ويمضى كل إلى سبيله لعله أن يوفق بعد إلى زوجية صالحة .

وقد يصاب أحد الزوجين أو يظهر أنه مصاب بمرض لا يمكن معه المعاشرة ، أو تكون من ورائه عدوى الصحيح منهما فكان فى الطلاق منجى من ضر ، وخلاص من شر . .

وقد لا تثمر الزوجية ثمرتها من الولد مع شدة رغبة كل من الزوجين فى أن تكون لهما هذه الثمرة ، فإذا افترقا كان لكل ما يرجوه من الولد، ومن الواقع ما يشهد لذلك ويؤيده .

وقد يلحق الزوج الأذى بزوجته ، أو يعجز عن الإنفاق عليها ، أو يغيب أو يحبس مدة تطول على الزوجة ، وتقع بسبب ذلك فى العنت والمشقة، فكان من رحمة الشارع بها أن جعل لها حق طلب الطلاق ، وأوجب على القاضى أن يطلقها من زوجها ، رفعا للضرر عنها(١) .

والقلوب — بعد ذلك — بيد الله يقلبها كيف يشاء ، فمن حب إلى بغض، ومن ألفة وانسجام إلى نفرة وخصام ، ومع تحول القلب عن القلب، وانصراف النفس عن النفس ، تتولد الشحناء ، ويكون الشقاء ، ويشتد البلاء، وفى الطلاق من ذلك كله خلاص ونجاء .

وهناك أسباب وراء ذلك ، وتفسد معها الحياة الزوجية ، وتجعلها نقمة بعد أن كانت رحمة ونعمة . فهل من الإنصاف — بعد ذلك — أن يقال إن الإسلام بإباحته الطلاق قد أهدر كرامة المرأة وقسا عليها ؟!! - لا إن الإسلام لم يهدر كرامة المرأة ولم يقس عليها حين شرع الطلاق ، لأنه ما أراد من ورائه إلا خلاص الزوجين من رابطة لا أمل فيها ولا خير ، ليستبدل كل منهما زوجا خيراً من زوجه « وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته » .

---

(١) وهذا مذهب مالك وعليه العمل فى مصر كما عرفت من قبل .

لم كان الطلاق بيد الزوج ؟ :

ولم يكن الإسلام قاسياً على المرأة حين جعل الطلاق بيد الزوج وحده ، وإنما هي الحكمة كل الحكمة ، لأنه لو جعله بيد الزوجين معاً فقد لا يتفقان عليه ، لأنه مع العناد وقصد الكيد قلما يجتمعان على رأى واحد ، فواحد يريد الطلاق والآخر يصر على البقاء إمعاناً في الكيد لصاحبه، وتصور زوجاً مجذوماً تريد زوجته الطلاق وهو لا يريده ، وزوجة في سلوكها ريب يريد زوجها التخلص من عارها وهي مصرة على أن لا تفارقه ، أيكون في جعل الطلاق بيد الزوجين معاً — والحالة هذه — شيء من الحكمة ؟ . . . لا .

ولو جعل الشارع الطلاق بيد الزوجة لا بيد الرجل لأدى ذلك إلى مفسدة ، فالمرأة — في الأعم الأغلب (١) — رهفة العاطفة ، شديدة التأثر ، سريعة الانفعال ، وقد يثور بها الغضب فتندفع إلى الطلاق بدون تدبر في العواقب ، وقد تشتط بها العاطفة فتندفع وراء نزوة حب ، وتتخلص بالطلاق من زوجيتها الحاضرة ، طمعاً في زوجية أخرى تخالها أسعد وأرغد ، وهي في كل هذا لا تخشى ضرراً مالياً بل على العكس هي التي أخذت المهر في الأولى ، وهي التي ستأخذ المهر في الثانية .

أما الرجل فلا شك أن الشأن فيه التريث والتدبر في العواقب ، ولا شك أنه لا يندفع وراء عاطفته وميوله بمثل السرعة التي تندفع بها المرأة وراء عاطفتها وميولها ، والزوج هو الذي أعطى المهر وانفق ماله ، وإن طلق فوراء

(١) كثيراً ما نرى بعض النساء أضبط عاطفة ، وأقل انفعالا وتأثيراً من بعض الرجال ، ولكن التشريع لا يبنى على حالات فردية ، وإنما يبنى على الأعم الأغلب من أمور الناس .

طلاقه تبعات مالية كمؤخر الصداق ، ونفقة العدة ، وقد يتزوج أخرى فيحتاج إلى أن يقدم مهراً من جديد ، وكل هذا مما يجعله يتروى فى الأمر ولا يتسرع فى الطلاق ، على أن الزوج هو الذى يقوم على الزوجة ويرعى شأنها، ويضطلع بتبعات الحياة الزوجية ، فكان منطق الحياة أن تكون عقدة النكاح بيده لا بيد الزوجة ، وإلا كان فى ذلك عكس الأوضاع وقلب الحقائق .

ثم إن الشارع لم يهمل جانب المرأة فى الطلاق بل جعل لها الحق فى أن تشترط أن تكون عصمتها بيدها ، وجعل لها الحق فى أن تطلب من القاضى طلاقها من زوجها إن كان هناك ما يدعو إلى الطلاق ، وأوجب الشارع على القاضى أن يجيبها إلى ما تطلب إن تحقق لديه أنها على حق فيما تدعيه .

. . . وبعد فهذه نظرة الإسلام فى الطلاق وهى نظرة صائبة أدركها المنصفون من أعداء الإسلام . وها نحن نرى اليوم بعض الأمم تأخذ بنظام الطلاق مع أن دينها لا يقول به ولا يقره ، وما ذلك إلا لأنها رأت فيه خير الأسرة وخير المجتمع .

ولكن على الرغم من ظهور حكمة التشريع فى نظام الطلاق فى الإسلام جدت نزعة متطرفة تدعو إلى أن يكون الطلاق كله بيد القاضى بحيث لا يملك الزوج أن يطلق زوجته فيما بينه وبينها ، وهذه فكرة لا مصلحة فيها ، بل على العكس فيها مفسدة ومضرة ، فالطلاق فى كثير من الأحيان ينبنى على أسباب قلبية ، ومسائل نفسية ، لا يمكن أن تقوم عليها بينات ، ولا يتصور أن يتناولها الحس أو يستدل عليها بالإمارات ، فكيف يستطيع القاضى أن يفصل فى أمر استخفى فى نفس صاحبه واستسر فى ضميره ؟ .

والنزاع فى الحياة الزوجية ليس نزاعاً بين ظالم ومظلوم فى كل حالاته ، بل كثيراً ما يكون الأمر أمر مودة فسدت ، ومحبة تبددت، وزوجية بعد ذلك لا تصلح للبقاء ، والقلوب — كما علمت — بيد الله لا بيد القضاء .

ثم إن من أسباب الطلاق ما لو نشر أمام القضاء ، ودون فى سجلات المحاكم ، ولاكته ألسنة الدفاع إن كان هناك دفاع . لفضح أسرار البيوت ، وكشف خبايا الأسر ، وقضى على سمعة الزوج أو الزوجة ،ومن أدب الإسلام أن نحفظ على الناس أسرارهم ، ونرعى حرمتهم ولا نهتك أستارهم .

لم جعل الشارع الطلاق ثلاثاً ؟ .

وإنما جعل الشارع عدد الطلقات ثلاثاً ، وجعل السنة فيها أن تكون متفرقة لا دفعة واحدة ، لأن الزوج إذا أوقع الطلقة الأولى على زوجته ربما أدركه الندم على ما وقع منه ، وأحب معاودة زوجته فتكون أمامه الفرصة لإعادتها إلى عصمته بدون رضاها وبلا مهر ولا عقد إن كان الطلاق رجعياً والعدة باقية ، وبرضاها وبعقد ومهر جديدين إن انقضت العدة فى الرجعى أو كان الطلاق بائناً ، وكذلك يستطيع أن يتدارك الأمر لو أوقع الطلقة الثانية ، فإن أوقع الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ، لأنه لما طلقها الثالثة بعد أن طلقها وأعادها إلى عصمته مرتين دل ذلك على أن الحياة الزوجية بينهما لا خير فيها فأولى أن تزول .

٤ — صفة الطلاق الشرعية : —

اختلفت الفقهاء فى إيقاع الطلاق ، هل الأصل فيه الإباحة أو الحظر ؟ . قال فريق منهم الأصل فى إيقاع الطلاق الإباحة لأن الله يقول (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) ولأن النبى صلى الله عليه وسلم طلق حفصة . وكذا طلق كثير من الصحابة نساءهم ، ولو كان الطلاق محظوراً ما أقدم عليه النبى وأصحابه . وقال فريق آخر الأصل فى إيقاع الطلاق الحظر إلى أن يوجد ما يدعو إليه ، لأن الله يقول (. . . فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) ، ولقوله عليه الصلاة والسلام (لا تطلقوا النساء

إلا من ريبة ، فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات) ، ولأن الطلاق لغير ما سبب سفه وظلم ، وكفر أن بنعمة الله ، وقطع لما أمر الله به أن يوصل ، وجناية على الزوجة والأولاد والمجتمع .

وظاهر أن الحق فى جانب الفريق الثانى لوضوح أدلتهم ، وأما ما استدل به الفريق الأول فلا ينهض حجة على ما ذهبوا إليه ، لأن نفى الجناح فى الآية التى استدلوا بها منصب على الطلاق قبل الدخول وتسمية المهر ، فالقيد هو الملاحظ فى نفى الجناح ، فيكون مدلول الآية أن عدم الدخول والتسمية لا يمنع من صحة إيقاع الطلاق ، لا إن الطلاق مباح لسبب ولغير سبب . وأما طلاق النبي وأصحابه فلا يعقل أن يكون لغير سبب ، وإلا كان سفها وبغيا ، وهم أبعد الناس عن ذلك .

وما دمنا قد وصلنا إلى أن الأصل فى الطلاق الحظر ولا يباح إلا لسبب ، أمكن أن نقول إن الطلاق تارة يكون مباحاً إباحة مجردة ، يستوى فيها جانب الفعل والترك ، وذلك إذا كان سبب الطلاق ضعيفاً كمجرد النفور الطبيعى بين الزوج والزوجة .

وتارة يكون مستحباً ، وذلك إذا كان سببه سوء أخلاق الزوجة وإيذائها لزوجها أو لأقاربه أو لجيرانه ، أو كانت غير متدينة لا تصلى ولا تصوم ولا تعرف لله حقه ، وتمادت فى ذلك ولم ينفع معها نصح ولا تأديب .

وتارة يكون واجباً ، وذلك إذا كان سبب الطلاق قوياً كما لو كان فى الزوج عيب جنسى لا ترضى به الزوجة كالجب والعنة ، أو كانت الزوجة تسلك مسالك الريبة وتتهاون فى عرضها وشرفها .

وتارة يكون مكروها ، وذلك إذا لم يوجد ما يبرر الطلاق أصلا ، وعن أحمد أنه حرام إن وقع مع استقامة الحال وعدم المبرر .

وتارة يكون حراماً ، وذلك إذا طلقها على غير جهة السنة لقصد الإضرار بها وإطالة مدة العدة عليها .

وعلى أية حال فالطلاق يقع سواء أكان مباحاً أو محظوراً ، مكروهاً أم حراماً ، لأن الكراهة أو الحرمة لا تنافى الوقوع فى حد ذاته ، وغير أن الجعفرية وابن تيمية وابن القيم لا يرون وقوع الطلاق البدعى ، وستعرف تفصيل ذلك فيما بعد .

الفصل الثانى

فى ، ما يقع به الطلاق ، ومن يقع منه ، ومن يقع عليها .

١ — ما يقع به الطلاق وهو ركنه : —

ركن الطلاق ، وهو اللفظ الذى يفيد معنى الطلاق ، أو ما يقوم مقام اللفظ من الكتابة ، والإشارة المفهومة . وعلى هذا فالطلاق يقع بالعبارة ، وبالإشارة ، وبالكتابة .

أما العبارة ، فالمراد منها اللفظ الدال على حل رباط الزوجية بأى لغة كانت ، صريحاً كان اللفظ أو كناية ، بشرط إضافته إلى الزوجة حقيقة أو حكماً ، وبحيث يفهم منه تطليقها لغة أو عرفاً ، فمثال الطلاق المضاف إلى الزوجة حقيقة قوله لها طلقتك ، أو أنت طالق ، أو زوجتى طالق ، أو هذه طالق (مشيراً إلى زوجته) . ومثال الطلاق المضاف إلى الزوجة حكماً قوله على الطلاق لا أفعل كذا ، أو الطلاق يلزمنى إن فعلت كذا ، أو على الحرام لا أفعل كذا ، لأن هذا معناه عرفاً إن فعلت كذا فامرأتى طالق أو حرام على :

ويشترط فى لفظ الطلاق أيضاً أن لا يكون معلقاً على مشيئة الله ، فإن

علقه على مشيئة الله كأن قال لها أنت طالق إن شاء الله وكان الاستثناء متصلا مسموعا لا يقع الطلاق ، لأنه علقه على مشيئة من لا تعرف مشيئة ، فإن كان الاستثناء غير متصل أو غير مسموع وقع الطلاق .

ويشترط كذلك أن تكون صيغة الطلاق مفهومة للمتلفظ بها ، فإذا لقن شخص كلمة الطلاق فنطق بها وهو لا يعرف معناها لا يقع الطلاق لعدم القصد.

وعند الجعفرية يشترط فى لفظ الطلاق أن يكون صريحاً . وعلى صيغة اسم الفاعل من مادة الطلاق ، مضافاً إلى الزوجة وأن يكون منجزاً غير معلق على شرط أو صفة من الصفات المستقلة ، ولا بد عندهم من حضور شاهدين عدلين يسمعان لفظ الطلاق لقوله تعالى فى شأن الطلاق (واشهدوا ذوى عدل منكم) والحنفية وجمهور الفقهاء لا يشترطون الإشهاد على الطلاق لأن الإنسان لا يحتاج إلى البينة عند استعمال حقه ، أما الأمر بالإشهاد فقد حمله بعضهم على الندب لا الوجوب ، وبعضهم أرجعه إلى الإشهاد على الرجعة لا الطلاق .

وأما الإشارة من الأخرس ، فالمعتمد من مذهب الحنفية أن الطلاق يقع بها إن كانت مفهومة بشرط عدم معرفته بالكتابة ، فإن كان يعرف الكتابة فلا يقع طلاقه بالإشارة لأن الدلالة على الطلاق بالكتابة أبعد عن الاحتمال، فلا يعدل عنها مع القدرة عليها إلى الإشارة المحتملة ، والطلاق يجب فيه الاحتياط . أما الجعفرية فلا يشترطون عجز الأخرس عن الكتابة بل يقبلون إشارته المفهمة مطلقاً .

وأما الكتابة فيقع بها الطلاق ولو مع القدرة على التلفظ به . والكتابة نوعان مستبينة أى مرقومة واضحة كالكتابة على الورق ، وغير مستبينة كالكتابة على الماء أو فى الهواء .

أما غير المستبينة فلا يقع بها طلاق على أية حال نواه أو لم ينوه .

وأما المستبينة فإما أن تكون مرسومة أى معنونة وموجهة على نحو ما توجه به الرسائل ، وأما أن لا تكون كذلك ، فإن كانت مرسومة وقع بها الطلاق مطلقاً نواه أو لم ينوه ، ويعتبر وقوعه من وقت الكتابة إن لم يقيد بوقت ، فإن قيده كأن قال : إذا وصلك كتابى هذا فأنت طالق وقع من وقت وصوله إليها ولو لم تقرأه .

وأما غير المرسومة ، كأن يكتب على ورقة أو حائط طلقت زوجتى فالأمر فيها يرجع إلى نيته ، فإن قال نويت الطلاق وقع ، وإن قال أردت تجربة القلم مثلا لا يقع[1] . وقال الجعفرية يقع الطلاق بالكتابة المستبينة المرسومة للعاجز عن النطق سواء أكان حاضراً أم غائباً ، وقيل يقع من الغائب مع القدرة ، للحاجة إلى ذلك .

٢ — من يقع منه الطلاق ؟ ـ

يقع طلاق الزوج إذا كان بالغاً عاقلا مستيقظاً أو حراً أو عبداً ، وزاد الجعفرية على ذلك أن يكون قاصداً مختاراً . ومن لم تتوفر فيه هذه الشروط لا يقع طلاقه . وإليك بيان من لا يقع طلاقهم ، ثم بيان من يقع طلاقهم :

(أ) من لا يقع طلاقهم

أولا — غير الزوج : ـ

الزوج هو الذى بيده عقدة النكاح ، فالولى لا يملك التطليق على من فى ولايته ، والسيد لا يملك التطليق على عبده ، ويشهد لذلك ما روى عن ابن عباس من أن رجلا جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : سيدى زوجنى أمته

---

(١) راجع حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٢ ص ٥٨٩ .

وهو يريد أن يفرق بيني وبينها ، فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال : « ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ، وإنما الطلاق لمن أخذ بالساق » . وقال الجعفرية يقع الطلاق للولى على من فى ولايته إذا بلغ فاسد العقل »

أما الطلاق من رسول الزوج ، أو وكيله ، أو من الزوجة التى فوض لها الزوج طلاق نفسها ، أو من القاضى ، فإنه يقع باتفاق ، ذلك لأن الطلاق من كل هؤلاء يعتبر صادراً من الزوج نفسه ، وأما من الرسول أو الوكيل فظاهر وأما من المفوضة فلأن الزوج ملكها إياه فهى توقعه بتسليط منه ولو لا ذلك ما وقع طلاقها أبداً ، وأما القاضى فلأنه لا يطلق إلا فى حالات مختلف فيها يتحتم فيها على الزوج أن يطلق فإن أبى كان ظالما ، والقاضى عليه رفع المظالم بتسليط من الشارع الذى أقامه مقام الزوج حين امتنع عن الطلاق .

ثانياً — الصغير :

المراد بالصغير من هو دون البلوغ ولو كان عاقلا مميزاً ، وهو لا يقع طلاقه باتفاق بين الحنفية والجعفرية لأن الطلاق لا يخلو من ضرر يلحق المطلق ، وتصرفات الصغير لا تنفذ شرعا إلا إذا كانت نفعاً محضاً(٢) .

---

(١) قال الكمال بن الهمام فى فتح القدير حـ ٣ ص ٣٨ - ٣٩ « ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر ، لأن المدار صار البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم ، وكون البعض له ذلك لا يبنى الفقه باعتباره لأنه إنما يتعلق بالمظان الكلية وبهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب أنه إذا عقل الصبى جاز طلاقه ، وعن ابن عمر رضى الله عنه جواز طلاق الصبى ، ومراده العاقل ومثله عن الإمام أحمد ، والله أعلم بصحة هذه النقول » .

ثالثاً — غير العاقل :

ويشمل المجنون ، وهو من ذهب عقله ، والمعتوه وهو من ضعف عقله فاختلط كلامه وفسد تدبيره ، ومن اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة ، ويلحق بهؤلاء المدهوش الذى اعترته حالة انفعال لا يدرى فيها ما يفعل وما يقول ، وكذ الغضبان الذى بلغ به الغضب نهايته فلا يعلم ما يقول ولا يريده ، وكذا من بلغ به الغضب إلى درجة الهذيان بحيث تختل وتضطرب أقواله وأفعاله ولو كان يعلم ما يقول وذلك على ما استظهره ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار حـ ٢ ص ٥٨٧ ، أما الغضب الذى يغير العقل ويعلم صاحبه ما يقوله ويقصده فهذا لا شك فى وقوع الطلاق معه ، وكذا لا يقع طلاق النائم والمغمى عليه لأن النوم والإغماء وإن كانا لا يذهبان بالعقل إلا أنهما يذهبان بالإدراك الذى هو معول الاعتداد بالقول .

رابعاً — من لقن كلمة الطلاق فنطق بها وهو لا يفهم معناها :

وكذلك لا يقع طلاق من لقن كلمة الطلاق فنطق بها وهو لا يعرف معناها لأنه لم يقصد مدلولها ، والعبرة بالمقاصد .

(ب) من يقع طلاقهم

أولا — السفيه :

السفيه هو من خف عقله فصار يتصرف فى ماله على خلاف مقتضى العقل ، وهذا يحجز عليه فى ماله لكنه إذا طلق وقع طلاقه ، لأنه يملك إنشاء عقد الزواج فيملك ما هو من آثاره وهو الطلاق .

ثانياً — الهازل :

وهو الذى يلعب بالقول ويقصد التلفظ بالطلاق ولكنه لا يقصد وقوعه ،

وإنما يقع طلاقه زجراً له عن الهزل فى موطن الجد ، وسداً للتلاعب ، فقد يتلفظ بالطلاق من يقصد وقوعه ثم يعود فيقول : إنما كنت هازلا ، وقد صح عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله (ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد ، النكاح ، والطلاق ، والعتاق) — وقال الجعفرية لا يقع طلاق الهازل لأنهم اشترطوا القصد ، والهازل لم يقصد الطلاق حتى يقع .

ثالثاً — المخطىء :

وهو الذى يريد النطق بغير الطلاق فيسبق لسانه إلى الطلاق ، وإنما يقع طلاقه قضاء فقط ، لأن القاضى ليس له إلا الظاهر ، ولا يقبل القاضى دعوى الخطأ سداً لباب التحايل . أما من ناحية الديانة ، فما دام لم يقصد التلفظ بالطلاق فلا يقع طلاقه فيما بينه وبين ربه ، ولا حرج على من تأكد صدقه فى دعوى الخطأ أن يفتيه بعدم وقوع الطلاق .

رابعاً — المكره :

ويقع طلاق المكره عند الحنفية لأن الإكراه عندهم يفسد الرضا ، ولكن لا يفسد الاختيار ، فالمكره حينما تلفظ بالطلاق تلفظ به عن اختيار حيث قارن — تحت ضغط الإكراه — بين أمرين ، التلفظ بالطلاق ، ووقوع ما هدد به ، فاختار أهون الأمرين وهو الطلاق (١) .

وقد استدل الحنفية بما رواه محمد بن الحسن عن صفوان بن عمرو الطائى أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائماً فأخذت شفرة وجلست على صدره

---

(١) لو أكره على كتابة لفظ الطلاق فكتبه دون أن يتلفظ به ، أو أكره على الإقرار بالطلاق فأقر لا يحكم بوقوعه .

ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثاً وإلا ذبحتك ، فناشدها الله فأبت ، فطلقها ثلاثا ، ثم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك ، فقال صلى الله عليه وسلم « لا قيلولة في الطلاق »(١) ، أي لا رجوع فيه بعد وقوعه .

ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية أن طلاق المكره لا يقع ، لقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، ولأن الإكراه يفسد الاختيار كما يفسد الرضا واعتبار التصرفات الشرعية إنما هو بالاختيار .

والذي نرجحه مذهب غير الحنفية ، لأنه مذهب جمهور فقهاء الصحابة ، ولأن المكره على النطق بكلمة الكفر لا يعتبر كافراً باتفاق ، فكذا لا يكون المكره على كلمة الطلاق مطلقاً ، وحديث (لا طلاق في إغلاق) يشهد لهذا ، لأن المكره قد أغلق عليه طريق الإرادة فلم يكن له إلى الطلاق قصد بته .

خامساً — السكران :

المراد بالسكران كل من تناول الخمر أو أي مسكر أو مخدر بحيث يغطي على عقله ويجعله يهذي ويخلط في كلامه ولا يعي بعد إفاقته ما كان منه حال سكره ، وهذا يقع طلاقه عند جمهور فقهاء الحنفية زجراً له ، وكان مقتضى القياس أن لا يقع طلاقه كما هو رأي الجعفرية وكثير من الفقهاء لأنه فاقد الإدراك فلا قصد له فكان كالنائم ، بل هو أشد لأن النائم إذا أوقظ استيقظ بخلاف السكران .

أما من سكر بتناول مباح ، أو بتناول محرم للضرورة أو تحت ضغط

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣٩ .

الإكراه ، فإن طلاقه لا يقع على الراجح من مذهب الحنفية . ومن باب أولى لا يقع عند الجعفرية ومن وافقهم على أن طلاق السكران لا يقع مطلقاً .

هذا ولا يزال العمل فى العراق (بالنسبة للقضاء السنى) على وقوع طلاق المكره والسكران الذى لا يعذر فى سكره ، وكذا كان العمل فى مصر إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م فنصت المادة الأولى منه على أن طلاق المكره والسكران لا يقع . ونرى أن هذا الرأى أولى بالقبول ، لأن القائلين بوقوع طلاق المكره أثبتوا له اختياراً ، والحق أنه اختيار فاسد لا يرتب عليه حكم شرعى كالطلاق ، وإيقاع طلاق السكران قالوا إنه استحسان يقصد به الزجر والعقوبة ، الطلاق تتعدى إلى الزوجة والأولاد ولا ذنب لهم فأولى أن لا يحكم بوقوع الطلاق ويكفى أن يعاقب السكران بحده أو تعزيره .

٣ — من يقع عليها الطلاق :

ويقع الطلاق على الزوجة بشرط أن تكون زوجيتها قائمة بالفعل، أو فى عدة تصلح معها أن تكون محلا للطلاق . واشترط الجعفرية الزوجية ، والدوام ، والطهارة من الحيض والنفاس إن كانت مدخولا بها وكان الزوج حاضراً ، فإن كان غائباً أو محبوساً فبقدر انتقالها من طهر إلى آخر، وأن يكون الطلاق فى طهر لم يجامعها فيه ، ويسقط اعتبار هذا الشرط فى الصغيرة واليائسة والحامل .

وعلى هذا فيقع الطلاق عند الحنفية على من هى زوجة بالفعل، وعلى المعتدة من طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى ، وكذا المعتدة من كل فرقة هى طلاق ، ومن فرقة فسخ بسبب ردة أحد الزوجين أو إباءة الإسلام عند من يرى ذلك فسخا ،

ولا يلحق الطلاق المرأة الأجنبية(١) ، وكذا المعقود عليها عقداً باطلا أو فاسداً ، والمطلقة قبل الدخول لأنه لا عدة لها ، والمبانة بينونة كبرى ولو فى العدة ، وكل معتدة من فرقة هى فسخ غير فرقة الفسخ بسبب الردة أو الإباء عن الإسلام عند من يراهما فسخاً .

ولا يلحق الطلاق عند الجعفرية الزوجة حال حيضها أو نفاسها ، أوحال طهرها من حيض أو نفاس جامعها فيه ، وكذا لا يلحق الطلاق عندهم المعتدة من طلاق رجعى قبل أن يراجعها ، لأن هذا كله من قبيل الطلاق البدعى ، والطلاق البدعى لا يقع عندهم . وكذا لا يلحق الطلاق المعتدة من طلاق بائن ومن انفسخ نكاحها ولو بالإباء عن الإسلام .

---

(١) يرى الحنفية أنه لو قال رجل لأجنبية إن تزوجتك فأنت طالق ثم تزوجها وقع الطلاق بمجرد العقد عليها لأنه وإن لم يكن زوجا ساعة التعليق إلا أنه ربط الطلاق بحالة له فيها ملك على المرأة ، وسيأتى تفصيل ذلك .

الفصل الثالث

فى : طلاق السنة وطلاق البدعة

(١) حقيقة طلاق السنة ومايجب أن يراعى فيه (٢) أنواع طلاق السنة .
(٣) حقيقة طلاق البدعة وحكمه .

١ — حقيقة طلاق السنة ومايجب أن يراعى فيه :ـ

ينقسم الطلاق باعتبار الطريقة التى يسلكها المطلق فى إيقاع الطلاق إلى قسمين ، طلاق السنة ، وطلاق البدعة .

فطلاق السنة هو الطلاق الذى جاء على وفق ما أرشد إليه الشارع فى كيفية إيقاع الطلاق ، وطلاق البدعة ما كان على خلاف ذلك .

ولابد فى طلاق السنة كى يقع على الوجه المشروع ـ من مراعاة أمور تختلف باختلاف حال الزوجة من الدخول بها وعدم الدخول .

فطلاق السنة بالنسبة للمدخول بها لابد أن يراعى فيه أمور ثلاثة :

أولا — الوقت : وهو وقت كون الزوجة فى طهر لم يباشرها الزوج فيه ولا فى الحيضة التى قبله .

ثانيا — العدد : وهو كون الطلاق مرة واحدة فقط .

ثالثا — الوصف : وهو كون الطلاق رجعياً لا بائنا .

فإذا أراد الزوج أن يطلق زوجته المدخول بها طلاقاً على جهة السنة أوقع عليها حال طهرها الذى خلا وخلت الحيضة السابقة عليه من المباشرة والطلاق طلقة واحدة رجعية . هذا إن كانت غير حامل ، فإن كانت حاملا فلا يضر أن يطلقها عقب الجماع مباشرة ويكون ذلك طلاقا للسنة أيضاً .

أما طلاق السنة بالنسبة لغير المدخول بها فيراعي فيه العدد فقط ، ولا يراعى الوقت ولا الوصف ، فإذا أراد الزوج أن يطلق زوجته التى لم يدخل بها طلاقاً على جهة السنة طلقها مرة واحدة ، حال طهرها أو حال حيضها ، والطلقة الواحدة تقع بائنة ، لأن غير المدخول بها لا يكون طلاقها إلا بائنا .

والحكمة فى أنه لا بد من مراعاة الوقت فلا يطلق حال الحيض ولا حال الطهر الذى قارنه أو قارن الحيضة التى قبله مباشرة ، هى أن حالة الحيض منفرة بطبعها ، وسبق المباشرة تفتر معه الرغبة فى الزوجة ، ومع النفرة وفتور الرغبة قد يرى الزوج تافه الأمر عظيما فيعجل بالطلاق ، أما فى حالة الطهر وعدم سبق المباشرة فالنفس إلى الزوجة تائقة وفيها راغبة ، وفى ذلك مايصرف الزوج عن الطلاق إذا لم يكن إليه ضرورة ملجئة . على أن الشارع راعى أيضاً صالح الزوجة ودفع الضرر عنها لما يترتب على إيقاع الطلاق حال الحيض أو النفاس من إطالة العدة عليها ، وهذا إيذاء لها ، ولما يترتب على إيقاعه بعد المباشرة من إيقاعها فى حيرة من أمر عدتها فإنها لاتدرى أحملت فتعتد بوضع حملها ؟ أم لم تحمل فتعتد بالأقراء ؟

أما غير المدخول بها فالرغبة فيها صادقة ما لم يذقها ، والحيض لا يقلل من رغبته فلم يكن طلاقها للبدعة إن طلقها وهى حائض ، وكذا الحامل لايكون طلاقها للبدعة إن طلقها عقب المباشرة ، لأنه مع الحمل تقوى رغبة الزوج فى زوجته لمكان ولده منها .

والحكمة فى أنه لا بد من مراعاة العدد فلا يطلق إلا طلقة واحدة هى أن يسهل على الزوج تدارك الأمر لو ندم على الطلاق ، فإذا ما أراد أن يراجع زوجته وجد أمامه متسعاً رحبا ومجالا فسيحاً .

٢ ـ أنواع طلاق السنة :ـ

وطلاق السنة ـ عند الحنفية ـ نوعان أحسن وحسن . فالأحسن هو أن يطلق الزوج زوجته المدخول بها غير الحامل طلقة واحدة رجعية فى طهر لم يقع فيه ولا فى الحيضة التى قبله مباشرة منه لها ولا طلاق ، ثم يتركها بعد ذلك إلى أن تنقضى عدتها وتبين منه ، أو يطلق زوجته الحامل طلقة واحدة رجعية ولو بعد الجماع مباشرة ، أو يطلق زوجته غير المدخول بها ولو فى الحيض .

والحسن : هو أن يطلق الزوج زوجته ثلاث طلقات فى ثلاثة أطهار إن كانت تحيض ، أو فى ثلاثة أشهر إن كانت لا تحيض دون أن يراجعها فيما بين ذلك ، بل كلما استقبلت حيضة أو شهراً طلقها حتى تنتهى الطلقات الثلاث فى مدة العدة .

وإنما كان هذا النوع الأخير (الحسن) من طلاق السنة لما ورد من أن عبد الله بن عمر لما طلق زوجته وهى حائض بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له « يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله ، قد أخطأت السنة ، إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة » .

ويرى المالكية والحنابلة أن طلاق السنة هو النوع الأول (الأحسن) لا غير . أما النوع الثانى وهو الحسن فبدعى لا سنى لأنه لم يثبت لديهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن الحاجة إلى الطلاق تندفع بالطلقة الواحدة فإن طلقها بعد ذلك كان طلاقا لغير حاجة . والطلاق لغير حاجة بدعى .

ويرى الشافعية أنه لا بدعة فى العدد ، بل البدعة فى الوقت فقط ، لأن النهى فى حديث بن عمر وارد على الطلاق فى وقت الحيض وفى طهر مسها فيه ، أما العدد فلا ذكر له فى الحديث ، ومرجعه إلى تقدير المطلق بعد ثبوت حاجته إلى الطلاق .

ويرى الجعفرية أن طلاق السنة ثلاثة أنواع : بائن ، ورجعى ، وللعدة ، فالبائن ما لا يصح معه الرجعة كطلاق من لم يدخل بها . والرجعى ما يصح معه

الرجعة ولو لم يرجع . وطلاق العدة ما رجع فيه ويواقع ثم يطلق . فهذه تحرم فى التاسعة تحريماً مؤبداً وما عداها تحرم فى كل ثالثة حتى تنكح زوجاً غيره .

٣ — حقيقة طلاق البدعة وحكمه : —

أما طلاق البدعة فهو ما كان على خلاف ما أرشد إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وذلك بأن يطلق الزوج زوجته طلقتين أو ثلاثا دفعة واحدة أو على دفعات فى طهر واحد ، أو يطلقها فى طهرها بعد أن طلقها وهى حائض دون أن يكون بين ذلك مراجعة ، أو يطلق زوجته المدخول بها فى حال حيضها أو نفاسها أو يطلقها فى طهر جامعها فيه أو جامعها فى الحيضة التى قبله أو يطلقها طلقة واحدة بائنة كما هو ظاهر الراوية .

والطلاق البدعى حرام ، والآخذ به آثم . ولكن هل يقع ، أو لا يقع ؟.

اختلف الفقهاء فى ذلك ، فذهب أبو حنيفة وباقى الأئمة الأربعة إلى أنه الطلاق البدعى واقع ، لأن النهى ليس لذات الطلاق وإنما هو لمعنى فى غيره وهو إطالة العدة على الزوجة وغير ذلك مما تقدم فى بيان وجه الحكمة ، وكون طلاق البدعة حرام يأثم الآخذ به ولا ينافى أنه يقع صحيحاً فالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة حرام ومتعاطية آثم ومع ذلك فهو صحيح ، وكذا الصلاة فى الثوب المغصوب يأثم صاحبها وتقع صحيحة . ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضى الله عنه حين طلق ابنه عبد الله زوجته وهى حائض (مر ابنك فليراجعها) وهذا يقتضى وقوع الطلاق وإلا لما أمره بالمراجعة ، وقد صح عند البخارى قول ابن عمر (حسبت على بطلقة) .

وذهب الجعفرية وجماعة من المحققين منهم ابن تيمية وابن القيم إلى أن الطلاق البدعى لا يقع ، ودليلهم على هذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أخبر بطلاق عبد الله بن عمر زوجته وهى حائض قال (ليس ذلك بشىء)

وما ورد من قول ابن عمر فى شأن طلاقه زوجته (فردها على ولم يرها شيئاً) يريد النبي صلى الله عليه وسلم ، قالوا : والطلاق الذى يقع هو ما ملكه الله للمطلق ، ولهذا لا تقع الرابعة لأنه لم يملكه إياها ، وطلاق البدعة حرام لم يأذن به الله ولم يملكه للعبد حتى يقع ، ولو وقع ما كان للنهى عنه معنى . وأجابوا عن قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه (مر ابنك فليراجعها) بأن المراد المراجعة اللغوية أى رد الزوجة إلى ماكانت عليه من المعاشرة بالزوجية القائمة بدليل قول الرسول بعد ذلك (فإنها امرأته) . وهنالك أخذ ورد بين الفريقين ، والأدلة لكل من المذهبين كثيرة ، والجدل حولها طويل ، والترجيح بينها ليس باليسير (١) .

الفصل الرابع

فى : صريح الطلاق وكنايته

ينقسم الطلاق باعتبار اللفظ الدال عليه إلى قسمين ، صريح وكناية .

الصريح :ـ

فالصريح هوما يكون بلفظ يفهم منه عند النطق به معنى الطلاق دون حاجة إلى نية أو قرينة ، فيشمل الألفاظ التى وضعت شرعا لمعنى الطلاق نحو « أنت طالق » والألفاظ التى تستعمل عرفاً فى الطلاق نحو « على الحرام » . وقد تقدم أن الكتابة المستبينة المرسومة إن كانت عبارتها بألفاظ صريحة تقوم مقام اللفظ الصريح فى إفادة معنى الطلاق ، وكذا إشارة الأخرس المفهومة إن كان لا يحسن الكتابة على الراجح من مذهب الحنفية .

وصريح الطلاق يقع ديانة وقضاء دون توقف على قرينة أو نية ، لأنه

---

(١) راجع فرق الزواج للأستاذ الشيخ على الخفيف من ص ٢٣ إلى ص ٣٢ .

مع تعين المعنى ووضوح دلالة اللفظ عليه لا يكون بحاجة إلى شيء من ذلك . نعم قد يحتمل اللفظ ـ مع كونه صريحاً فى الطلاق ـ معنى بعيداً لا ينصرف إليه اللفظ عند الإطلاق ويدعى المتلفظ به أنه أراد المعنى البعيد ، وذلك كأن يقول لزوجته ياطالق ويدعى أنه أراد أنها طالق من القيد الحسى فإنه فى هذه الحالة يصدق ديانة لا قضاء .

أما الجعفرية فصريح الطلاق عندهم لفظ (طالق) لاغير ويلحق به الكتابة المستبينة المرسومة للعاجز عن النطق وكذا إشارة الأخرس المفهومة(١) .

الكناية : ـ

أما كناية الطلاق ، فكونه بالألفاظ التى لم توضع فى الأصل لمعنى الطلاق ولم يتعارف فى الاستعمال قصرها عليه ، بل تحتمل الطلاق وغيره نحو « اذهبي إلى أهلك » فإنها تحتمل إرادة أبعادها عنه بسبب الغضب ، وتحتمل إرادة طلاقها فتعود إلى أهلها ، ونحو « أمرك بيدك » فإنه يحتمل أنه أعطاها حرية التصرف فى شأنها ، ويحتمل أنه أراد طلاقها فعصمتها بيدها ، وغيرذلك كثير من ألفاظ الكناية ، نحو أنت بتة ، وخلية ، وبرية ، واعتدى ، واستبرئى رحمك ، ويلحق بذلك الكتابة المستبينة غير المرسومة كما تقدم ، وليس للأخرس كناية بإشارته .

---

(١) مذهب الشافعية وهو رواية عن أحمد أن صريح الطلاق لا يكون إلا بأحد الألفاظ الثلاثة التى وردت فى القرآن أو ما اشتق منها مما لا يستعمل عرفا إلا فى حل رابطة الزوجية ، وهذه الألفاظ هى الطلاق ، والفراق ، والتسريح — ومذهب المالكية وهو رواية أخرى عن أحمد أن صريح الطلاق لا يكون إلا بلفظ الطلاق وما اشتق منه مما لا يستعمل عرفاً إلا فى حل رابطة الزوجية .

وألفاظ الكناية لا يقع بها الطلاق ديانة إلا بالنية ، أما فى القضاء فيقع بها الطلاق دون حاجة إلى نية إن كانت الحال تدل على أنه يريد الطلاق ، ولو ادعى أنه لم ينو الطلاق رجحت دلائل الحال على دعواه (١) ، فإن كانت الحال غير كافية فى الدلالة على إرادة الطلاق بأن كانت محتملة للطلاق ولغيره فلابد حينئذ من النية ، ويصدق الرجل فى دعواه أنه أراد الطلاق أو أراد شيئاً آخر .

هذا هو مذهب الحنفية ، وهو ماعليه العمل إلى اليوم فى العراق ، أما فى مصر فقد صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وفيه أن كنايات الطلاق لايقع الطلاق بها إلا بالنية ، والزوج مصدق فى دعواه ، ولا يلتفت إلى قرائن الأحوال ولايؤخذ بها ، وهذا الذى أخذ به القانون هو رأى المالكية والشافعية أما الجعفرية فإنهم لايرون وقوع الطلاق بألفاظ الكناية مطلقا .

---

(١) ذكر الحنفية أن ألفاظ الكناية ثلاثة أنواع ، نوع يصلح جوابا لطلب الطلاق ولا يصلح رفضاً له ولا شتما نحو اعتدى ، واستبرئى رحمك . ونوع يصلح جواباً لطلب الطلاق ويصلح أن يكون شتما نحو خلية ، وبرية . ونوع يصلح جواباً لطلب الطلاق ويصلح رفضا له نحو اذهبى ، واخرجى . وذكروا أن الأحوال ثلاثة أيضاً ، الأولى حالة الغضب مطلقا ذكر فيها الطلاق أو لم يذكر ، وهذه يقع الطلاق فيها بألفاظ النوع الأول دون حاجة إلى نية ، وإن ادعى الرجل أنه أراد غير الطلاق لا يصدق ، ويقع الطلاق فيها بألفاظ النوع الثانى والثالث إن نواه ، فان لم ينوه وادعى أنه أراد الشتم أو الرفض صدق . والحالة الثانية حالة الرضا المجردة عن ذكر الطلاق وهذه لايقع الطلاق فيها بألفاظ الكناية بأنواعها الثلاثة إلا بالنية ويصدق الرجل فيما نواه . والحالة الثالثة حالة الرضا التى جرى فيها ذكر الطلاق وهذه يقع الطلاق فيها بألفاظ النوعين الأولين دون حاجة إلى نية ولا يصدق الرجل لو ادعى أنه لم يرد الطلاق ، ويقع الطلاق فيها بألفاظ النوع الثالث إن نواه ، وإن ادعى أنه أراد الرفض صدق .

الفصل الخامس

فى : الطلاق المنجز ، والمعلق ، والمضاف إلى زمن مستقبل

ينقسم الطلاق باعتبار ماتدل عليه الصيغة من إيقاع الطلاق دون توقفه على شيء ، ومن إيقاعه متوقفاً على تحقق شرط أو مجيء زمن ، إلى ثلاثة أقسام : طلاق منجز ، وطلاق معلق ، وطلاق مضاف[1] . وإليك بيان كل قسم وحكمه .

١ — الطلاق المنجز :ـ

الطلاق المنجز هو ماقصد به إيقاع الطلاق فى الحال دون توقف على تحقق شرط أو مجيء زمن ، وذلك كقول الرجل لزوجته « أنت طالق » .

وحكم المنجز وقوعه بمجرد التلفظ بعبارته متى كان المطلق أهلا لإيقاع الطلاق ، والمطلقة محلا لوقوعه .

٢ — الطلاق المعلق :ـ

أما الطلاق المعلق فهو مارتب وقوعه على وقوع أمر فى المستقبل . وذلك يكون بكل صيغة علق فيها وقوع الطلاق على حصول شيء من الأشياء فى المستقبل بأداة من أدوات الشرط ، نحوقول الرجل لزوجته « إن دخلت الدار فأنت طالق » وكذا قوله لزوجاته « أيتكن تخرج من بيتها فهى طالق » لأنه وإن كان خالياً من أداة الشرط لفظا فهو متضمن لها فى المعنى .

---

(١) وصح تعليق الطلاق وإضافته لأنه إسقاط ملك للنكاح والإسقاطات يصح فيها التعليق والإضافة كما هو الشأن فى العتق والإبراء من الدين ، بخلاف عقد الزواج فانه لا يكون إلا منجزا لأنه عقد تمليك وعقود التمليك لاتكون إلا منجزة كما تقدم .

شروط صحة التعليق

ويشترط لصحة التعليق أمور :

أولا : أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق وقت التعليق ، وليس بشرط تحقق الأهلية عند وجود المعلق عليه ، وعلى هذا فلو علق الصغير طلاق زوجته على حصول شيء ثم وجد ذلك الشيء بعد بلوغه لايقع الطلاق لعدم صحة التعليق ، أما إن تحققت أهلية المطلق عند التعليق ثم انعدمت عند تحقق الشرط فإن الطلاق يقع ، وذلك كالبالغ العاقل يعلق طلاق زوجته ثم يجن ويقع الشرط حال جنونه .

ثانياً : أن تكون المرأة محلا لوقوع الطلاق وقت التعليق ووقت وقوع المعلق عليه ، وذلك بأن تكون زوجة فعلا أوفى عدتها من طلاق رجعي أوفى عدتها من طلاق بائن بينونة صغرى ، فمن قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق ، فدخلت الدار حال قيام الزوجية وقع طلاقها لوجود المحلية وقت التعليق ووقت تحقق الشرط .

ومن قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم طلقها طلقة منجزة قبل تحقق الشرط ، ثم وجد الشرط أثناء عدتها وقع عليها طلقة ثانية بمقتضى التعليق السابق ، لوجود المحلية وقت التعليق ووقت تحقق الشرط ، وإن تحقق الشرط فى هذه الحالة بعد انقضاء العدة ، فلا يقع الطلاق المعلق ، لعدم المحلية وقت تحقق الشرط ولكن ينهدم به التعليق فلو تزوجها بعد ذلك فدخلت الدار لايقع طلاقها .

ثم إنه ما دامت محلية المرأة للطلاق شرطا فى صحة التعليق فلا يصح تعليق طلاق الأجنبية على فعل من الأفعال باتفاق . ولكن هل يصح تعليق

طلاق الأجنبية على الزواج منها ، كأن يقول رجل لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق ؟ . فى هذه المسألة اختلفت آراء المذاهب ، فالحنفية والمالكية(١) يقولون بصحة التعليق فى هذه الحالة ولو تزوجها وقع الطلاق بمجرد العقد . والشافعية والحنابلة يقولون بعدم صحة التعليق ويعتبرونه لغوا من القول لا أثر له . ومنشأ الخلاف بينهم هو : هل التصرف فى الطلاق المعلق يوجد عند وجود الصيغة ، أو يوجد عند وجود الملك ؟ ذهب الشافعية والحنابلة إلى الأول فقالوا إن التصرف يوجد عند وجود الصيغة وإن كان الحكم متأخرا ، وعند وجود الصيغة لم يكن الرجل أهلا للتصرف حتى يصح منه تعليق الطلاق وذهب الحنفية والمالكية إلى الثانى فقالوا إن التصرف يوجد عند وجود الملك وهذا كاف فى صحة التعليق .

والظاهر أن مذهب الشافعية والحنابلة أصح من مذهب الحنفية والمالكية لما ورد من قول النبى عليه الصلاة والسلام « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك » وإن تأول الحنفية هذا الحديث فأصرح منه ماورد من أن عبد الله بن عمرو بن العاص خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجوها منه ، فقال: إن نكحتها فهى طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لا طلاق قبل النكاح » ، وقد ورد أن ابن عباس سئل عن هذه المسألة فقال : قال الله تعالى .

---

(١) لا يوافق الإمام مالك الحنفية فى القول بوقوع الطلاق المعلق على الزواج مطلقا ، بل يوافقهم فى حالة التخصيص باسم معين نحو إن تزوجت فلانة فهى طالق أو بوصف معين كقوله إن تزوجت ثيبا فهى طالق ، أو ببلدة معينة كقوله إن تزوجت امرأة من هذه البلدة فهى طالق ، أما مع التعميم الشامل فلا يقع الطلاق عنده وذلك كما لو قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق لأنه مع التعميم يسد باب الزواج على نفسه ومع التخصيص يبقى الباب مفتوحا تستطيع الزواج بغير من خصص .

« . . إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » شرع الله الطلاق بعد النكاح فلا طلاق قبله . وأيضا فإن أهلية المطلق شرط كحلية المطلقة ، فكما لا يجوز أن يعلق الطلاق على أهلية المطلق كأن يقول الصغير أن بلغت فزوجتي طالق، فكذلك لا يجوز أن يعلق الطلاق على محلية المطلقة . ثم إن الطلاق شرع للتخلص من متاعب الزوجية ومع عدم الزوجية، لامتاعب فعلام يكون الطلاق .

ثالثاً — أن يكون التعلق ووقوع المعلق عليه فى حل واحد عند أبى حنيفة وصاحبيه خلافاً لزفر . وعلى هذا فلو قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم طلقها ثلاثا قبل تحقق الشرط ، ثم تزوجها مرة ثانية بعد أن نكحت زوجا غيره ، ثم تحقق الشرط لأول مرة فى أثناء زوجيتها الثانية لا يقع الطلاق عليها . ذلك لأنها عادت له بحل جديد ، والتعليق وقع فى الحل الأول وقد زال بما فيه .

أما لو قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم أبانها بينونة صغرى قبل تحقق الشرط ، ثم عقد عليها قبل تحقق الشرط أيضا ، ثم تحقق الشرط لأول مرة بعد العقد فإنه يقع الطلاق بمقتضى التعليق السابق ، لأن البينونة الصغرى تزيل الملك فقط وزوال الملك لا يهدم التعليق إنما يهدمه زوال الحل والحل باق . وهو فى الزوجية الأولى عينه فى الزوجية الثانية .

وإذا كان التعليق بأداة تفيد التكرار مثل قول الزوج لزوجته كلما دخلت الدار فأنت طالق .فإنه يتكرر طلاقها بتكرار دخولها الدار مادام ذلك فى حل واحد . فإن زال الحل بوقوع الطلاق عليها ثلاثا ثم عادت له بعقد جديد فدخلت الدار لا يقع بدخولها طلاق لأن التعليق قد استنفد كل غرضه فلم يعد له أثر فى الحل الجديد .

رابعاً — أن يكون التعليق حقيقياً على معنى أن يقصد المعلق من التعليق

ربط حصول الطلاق بحصول شيء غير موجود حال التعليق ولكنه يمكن أن يوجد فى المستقبل ويمكن ألا يوجد ، كقوله لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق وكان يقصد من ذلك وقوع الطلاق عند تحقق الدخول . أما إن كان التعليق صورياً لا حقيقياً بمعنى أنه لم يقصد ربط الطلاق بالشرط وإنما قصد إيقاعه فى الحال كان الطلاق منجزا لا معلقا ، وذلك كما لو تنازع الزوجان فقالت الزوجة لزوجها يافاسق أو ياظالم فقال لها : إن كنت كما قلت فأنت طالق فإنه فى هذه الحالة قصد مجازاتها على قولها بإيقاع الطلاق عليها فى الحال بصرف النظر عن كونه فاسقاً أو غير فاسق ، أو ظالماً أو غير ظالم .

وكذا يكون الطلاق منجزاً إن كان المعلق عليه موجوداً بالفعل وقت التعليق ، كقوله لزوجته إن كنت موظفة فأنت طالق وكانت موظفة بالفعل فإنه يقع طلاقها فى الحال لأن التعليق هنا صورى لاحقيقى .

أما إن كان المعلق عليه مستحيل الوقوع كقوله لزوجته إن دخل الجمل فى سم الخياط فأنت طالق فلا يقع به شيء بالكلية ، لأن تعليق الطلاق على المستحيل معناه أنه لايريده أبدا .

خامساً : ألا يكون التعليق على مشيئة من لا تعلم مشيئته ، فلو قال لزوجته أنت طالق إن شاء الله لا يقع الطلاق ، بشرط أن يكون قوله إن شاء الله متصلا مسموعا ، وذلك لأن المعلق على مجهول مجهول ، والطلاق لايقع بالشك .

سادساً : أن تكون صيغة التعليق متصلة الأجزاء بحيث لايقع الفصل بين المعلق والمعلق عليه لغير ضرورة فإن قال لزوجته : أنت طالق ، وبعدفترة ولو قصيرة قال : إن دخلت الدار ، كان منجزا بالعبارة الأولى وهى أنت طالق ،

والتعليق بعدها لغو لا يلتفت إليه ، أما إن كان الفصل بين الشرط والجزاء بضرورة كعطاس أو سعال فلا يضر ذلك وتكون الصيغة متصلة والتعليق صحيحاً .

سابعاً : إمكان البر بإمكان تحقق الشرط الذى علق عليه الطلاق ، فإذا لم يكن البر ممكناً فلا يقع الطلاق ، وعلى هذا فمن قال لزوجته إن لم تصالحى أخاك غداً فأنت طالق فمات أخوها قبل مجىء الغد لا يقع الطلاق لعدم إمكان البر لسبب خارج عن إرادتها ، وكذا لو قال لها إن لم تلبسى هذا الثوب غداً فأنت طالق فاحترق الثوب قبل مجىء الغد . وغير ذلك كثير من الأمثلة .

حكم الطلاق المعلق:

الطلاق المعلق — من حيث معناه — نوعان : نوع فى معنى اليمين ، ونوع ليس فى معنى اليمين . أما النوع الذى فى معنى اليمين فهو ما يراد به تأكيد الخبر أو الحمل على فعل شىء أو تركه ؟ فمثال ما قصد به تأكيد الخبر قول الرجل : على الطلاق لقد فعلت كذا ، أو ما فعلت كذا ، ومثال ما قصد به الحمل على فعل شىء أو تركه قوله : على الطلاق لأفعلن كذا أو لا أفعل كذا ، فهو يريد بذلك حمل نفسه على الفعل أو الترك ، وكذا قوله لزوجته : على الطلاق لا تخرجين من البيت ، وقوله لها : إن ذهبت إلى السوق فأنت طالق يريد بذلك حملها على عدم الخروج من البيت . وعلى عدم الذهاب إلى السوق لا إيقاع الطلاق عند ذهابها إلى السوق (١) . وهذا النوع مختلف فى حكمه بين فقهاء المذاهب فمنهم من جعله فى حكم اليمين بالله فإذا حنث كفر كفارة اليمين ، ومنهم من جعله حلفا بالطلاق فإذا حنث لزمه ما حلف به .

---

(١) يلاحظ أن التعليق فى كل الأمثلة المذكورة ما عدا الأخير تعليق فى المعنى دون اللفظ لخلوه من أداة التعليق .

وحسبنا أن نذكر مذهب الحنفية فى هذا النوع ، وخلاصة مذهبهم أن اليمين بالطلاق إن كانت فى صورة التعليق بأداة من أدوات الشرط فهى ملزمة ، فمن قال لزوجته إن خرجت من الدار بغير إذنى فأنت طالق يريد منعها من الخروج بغير إذنه تطلق بخروجها بدون إذنه . وهـذا مذهب باقى الأئمة الأربعة .

وإن كانت اليمين بالطلاق ليست فى صورة التعليق لخلوها من أداته فقد اختلفت آراء فقهاء الأحناف فى هذا فمن قائل إن الطلاق يقع بالحنث ، ومن قائل إنه لا يقع ، ومرجع اختلافهم إلى اختلاف العرف ، والراجح القول بالوقوع لأن العرف جرى على اعتباره طلاقاً معلقاً ، وقد قال الكمال بن الهمام « وقد تعورف فى عرفنا فى الحلف : الطلاق يلزمنى لا أفعل كذا ، يريد أن فعلته لزم الطلاق ووقع ، فيجب أن يجرى عليهم لأنه صار بمنزلة قوله : إن فعلت كذا فأنت طالق ، وكذا تعارف أهل الأرياف الحلف بقوله : على الطلاق لا أفعل » (١) .

وأما النوع الذى ليس فى معنى اليمين ؛ فهو ما يقصد به إيقاع الطلاق لا لتأكيد أمر من الأمور ، ولا الحمل على فعل شىء أو تركه ، وذلك كأن يتفاوض الزوجان فى أمر الطلاق على مال فيقول لها الزوج : إن دفعت له مائة دينار فأنت طالق ، فالزوج فى هذه الصورة يقصد الطلاق ويريده أن تحقق ما علقه عليه من أدائها المائة دينار له . وهذا النوع حكمه وقوع الطلاق عند تحقق الشرط باتفاق المذاهب الأربعة . وكذا ابن تيمية وابن القيم .

وخلاصه القول إن ما ترجح واستقر عليه العمل فى المذهب الحنفى هو أن الطلاق المعلق صورة ومعنى ، أو معنى فقط ، متى توفرت فيه شروط

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٤٨ .

التعليق ووجد المعلق عليه كان واقعاً سواء أقصد الزوج الطلاق ، أم قصد تأكيد الخبر ، أم قصد الحمل على فعل شيء أو تركه ، وسواء أكان الشرط المعلق عليه من فعل الزوجة ، أم من فعل الزوج ، أم من فعل غيرهما ، أم أمراً سماوياً لا دخل لأحد فيه. وليس للزوج أن يرجع عن تعليقه الطلاق بعد صدوره منه ، لأنه فى معنى اليمين ، واليمين لا يصح الرجوع فيها بعد صدورها اتفاقاً .

هذا ولا يزال العمل يجرى فى المحاكم السنية العراقية على مذهب أبى حنيفة ، أما فى مصر فقد كان العمل على هذا أيضاً إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م فنصت المادة الثانية منه على أنه « لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير »[1] . ومعلوم أن الجعفرية لا يقولون بوقوع الطلاق المعلق على أية حال .

٢ — الطلاق المضاف : —

وأما الطلاق المضاف فهو ما أضيف إلى زمن مستقبل ، بأن قرنت صيغته

---

(١) ما جاء فى هذه المادة مأخوذ من مذهب بعض الصحابة وبعض التابعين وكثير من الفقهاء كابن تيمية وابن القيم ، ومن مذهب الجعفرية والظاهرية . والذى حمل المشرع المصرى على ترك مذهب الحنفية والأخذ بهذا الرأى هو ما صار إليه أمر كثير من الناس من الحلف بالطلاق لأتفه الأسباب وبدون رغبة فى إيقاع الطلاق ، وقد يكون الحلف بالطلاق لترويج سلعة أو تأكيد كذبة ، والطلاق لم يشرع لشيء من ذلك فرأى أن الأخذ بمذهب الأحناف يؤدى والحالة هذه إلى تمزيق حياة كثير من الأسر وما دامت البلوى قد عمت فما الذى يمنع من الأخذ بمذهب غير الحنفية وفيه مخرج من هذه النتيجة القاسية ؟ ولأستاذنا الشيخ عبدالرحمن تاج شيخ الأزهر السابق مناقشة قيمة للمادة المذكورة ولمذهب بن تيمية ومقارنة بين نص المادة والنص الذى نقله عن ابن تيمية فراجع كتابه (الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية) من ص ٣١٢ إلى ٣١٦ .

بوقت مستقبل قصد إيقاع الطلاق عند حلوله ، وذلك كقول الرجل لزوجته أنت طالق غداً أو بعد شهر (١) .

وحكم هذا النوع أنه ينعقد فى الحال سبباً لوقوع الطلاق ولكنه لا يقع بالفعل ولا تترتب عليه آثاره إلا عندمجىء الوقت الذى أضيف إليه على شرط أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق عند صدور الصيغة منه ، وأن تكون الزوجة محلا لوقوع الطلاق عليها حين صدور الصيغة وعند حلول الوقت الذى أضيف إليه الطلاق . ومذهب الجعفرية أن الطلاق المضاف لا يقع به شىء ولا يترتب عليه أثر ما .

الفصل السادس

فى : الطلاق الرجعى والطلاق البائن

ينقسم الطلاق باعتبار أثره إلى قسمين ، طلاق رجعى ، وطلاق بائن ، وإليك بيان كل قسم وحكمه :

القسم الأول : ــ الطلاق الرجعى

١ — تعريفه : ـ

الطلاق الرجعى هو الذى يملك الزوج بعده إعادة زوجته إليه ما دامت فى العدة ، بدون توقف على رضاها ، وبدون حاجة إلى عقد ومهر جديدين .

(١) ذكر الحنفية أن الإضافة لا تصح إلى زمن ماض ، فلو قال لزوجته أنت طالق أمس ولم يكن طلقها أمس اعتبر ذلك إنشاء للطلاق فيقع من حين النطق ما دامت زوجية المرأة ثابتة فى الأمس ، فإن لم تكن الزوجية ثابتة فى الأمس فلا يقع الطلاق لأنه أضيف إلى زمن لم تكن فيه المرأة محلا للطلاق فكان لغواً .

والطلاق الرجعي هو الأصل في الطلاق لقوله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » ولقوله « . . . وبعولتهن أحق بردهن في ذلك أن أرادوا إصلاحاً » بعد قوله « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » . فالله سبحانه وتعالى جعل للزوج الحق في أن يطلق زوجته مرة بعد مرة وجعل له بعد ذلك الحق في مراجعة زوجته مادامت في العدة أو تسريحها بأن يتركها بلا مراجعة حتى تنقضي عدتها فتبين منه .

٢ — متى يكون الطلاق رجعياً ؟ –

ويكون الطلاق رجعياً في حالتين :

الحالة الأولى — إذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقي بلفظ صريح من مادة الطلاق ، بشرط تجرده عن كل ما يدل على الشدة أو إرادة الانفصال التام ، وبشرط ألا يكون مقابلا بمال ، ولا مقروناً بعدد الثلاث ، ولا مكملا للثلاث .

الحالة الثانية — إذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقي بلفظ من ألفاظ الكناية التي ليس فيها معنى الشدة والانفصال التام ، نحو : اعتدى ، واستبرئي رحمك ، وأنت واحدة ، إذا نوى بذلك الطلاق .

هذا عند الحنفية ، أما الجعفرية فيكون الطلاق الرجعي عندهم بعد الدخول الحقيقي بصريح لفظ الطلاق ، وعلى صيغة اسم الفاعل ، مع إضافته إلى الزوجة ، واقترانه بالنية ، وخلوه من العوض ، ولو مع اقترانه بعدد الثلاث أو بما يدل على الشدة والانفصال التام . وألفاظ الكنايات كلها لا يقع بها — عند الجعفرية — طلاق رجعي ولا بائن .

٣ — حكم الطلاق الرجعي : —

الطلاق الرجعي لا يؤثر على الزوجية بحال ، لأنه لا يزيل الملك

ولا الحل (١) ما دامت العدة باقية ، ولهذا تثبت معه الأحكام الآتية :

أولا : تنقص به عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته ، فإن كان يملك عليها ثلاثاً بقيت له ثنتان ، وإن كان يملك ثنتين بقيت له واحدة (٢) .

ثانياً — للزوج حق مراجعة زوجته ما دامت العدة باقية دون توقف على رضاها . ومن غير عقد ومهر جديدين ، والمراجعة تكون بالقول وتكون بالفعل على ما سيأتى .

ثالثاً — ما دامت العدة باقية فجميع الحقوق الزوجية باقية ، فللزوج على زوجته حق الاستمتاع وحق الطاعة ، وللزوجة على زوجها حق النفقة بأنواعها الثلاثه .

---

(١) المراد بالملك الحقوق الزوجية التى لكل من الزوجين على صاحبه . والمراد بالحل كون المرأة حلالا للرجل لم يحرمها الطلاق فله أن يتزوجها .

(٢) يملك الحر على زوجته الحرة ثلاث طلقات باتفاق ، فإن طلقها واحدة بقيت له طلقتان ، وإن طلقها طلقتين بقيت له واحدة ، فإن طلقها الثالثة لم يبق له شيء . وكذلك يملك العبد على زوجته الأمة طلقتين باتفاق . ولكن ما هو عدد الطلقات التى يملكها الحر على زوجته الأمة ، والتى يملكها العبد على زوجته الحرة ؟ ذهب الحنفية والجعفرية إلى أن العبرة فى عدد الطلقات بالزوجة فيملك زوج الأمة عليها طلقتين فقط حراً كان أو عبداً ، ويملك زوج الحرة عليها ثلاث طلقات حراً كان أو عبداً ، ودليلهم قوله عليه الصلاة والسلام (طلاق الأمة ثنتان ، وعدتها حيضتان) . وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن العبرة فى عدد الطلقات بحال الزوج ، فيملك الحر على زوجته حرة كانت أو أمة ثلاث طلقات ، ويملك العبد على زوجته حرة كانت أو أمة طلقتين ، ودليلهم قوله عليه الصلاة والسلام (الطلاق بالرجال والعدة بالنساء) .

رابعاً : يبقى التوارث بين الزوجين مابقيت العدة قائمة ، فأيهما مات ورثه الآخر إذا لم يكن هناك مانع من موانع الإرث عند الموت .

خامساً : لايحل ما أجل من المهر إلى أقرب الأجلين بمجرد الطلاق لأن الزوجية قائمة ، وإنما يحل المؤجل إذا انتهت العدة بدون مراجعة حيث تكون الزوجة قد بانت من زوجها .

سادساً : لايجوز بالإجماع أن يعقد الرجل على من لا يحل له أن يجمع بينها وبين مطلقته مادامت العدة باقية ، لأن المعتدة من طلاق رجعى زوجيتهما قائمة مدة العدة فإذا عقد على أخت مطلقته — مثلا — فى عدتها كان جامعاً بين الأختين وهو لايجوز ، وكذا لايجوز له - أثناء العدة - أن يعقد على خامسة إذا كانت المطلقة رابعة وإلا كان متزوجاً بأ كثر من أربع وهو لايجوز أيضاً .

« القسم الثانى » الطلاق البائن

١ — أقسامه وتعريف كل قسم : -

ينقسم الطلاق البائن إلى قسمين ، بائن بينونة صغرى ، وبائن بينونة كبرى . فالبائن بينونة صغرى ، هو الذى لايملك الزوج بعده أن يعيد إليه زوجته إلا برضاها وبعقد جديد ومهر جديد ، دون توقف على أن تنكح بعده زوجاً آخر .

والبائن بينونة كبرى هو الذى لا يملك الزوج بعده أن يعيد إليه زوجته إلا برضاها وبعقد جديد ومهر جديد بعد أن تنكح زوجاً آخر نكاحاً صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقياً ثم يفارقها بسبب من أسباب الفرقة أو يموت عنها وتنقضى عدتها منه .

٢ — متى يكون الطلاق بائناً ؟ : ـ

ويكون الطلاق بائنا فى حالات متعددة وهى مايلى :

الحالة الأولى : إذا انقضت العدة فى الطلاق الرجعى ولم يراجع الزوج زوجته بانت منه بينونة صغرى وسقط حقه فى المراجعة .

الحالة الثانية : إذا كان الطلاق قبل الدخول الحقيقى ، وذلك لأن من طلقت قبل الدخول لا عدة عليها بصريح قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا » وحيث لاعدة فلامراجعة،لأن المراجعة لا تكون إلا فى العدة . أما الطلاق بعد الخلوة الصحيحة المجردة عن الدخول فيقع بائنا أيضا وإن كان على المرأة أن تعتد بعده عند الحنفية لأن العدة هنا للاحتياط فقط .

الحالة الثالثة : إذا كان الطلاق نظير عوض مالى تفتدى به الزوجة نفسها من زوجها بحيث لا يكون له سلطان عليها ، وهذا لايتحقق إلا بكون الطلاق بائنا . ويدخل فى الطلاق على مال الطلاق فى نظير أن تبرىء الزوجة زوجها من مؤخر مهرها أو من نفقة عدتها .

الحالة الرابعة : إذا كان لفظ الطلاق مقرونا أو موصوفا بما يفيد معنى الشدة أو الانفصال التام نحو أنت طالق طلقة شديدة ، أو قوية ، أو بائنة ، أو أشد الطلاق ، أو اسوأه ، أو طلقة لا رجعة فيها ، أو طلقة تملكين بها نفسك . وهذه كلها ألفاظ صريحة من مادة الطلاق لا يتوقف وقوع الطلاق فيها على نية ، وقد ألحقوا بها مايجرى على ألسنة بعض الناس من نحو على الحرام ، وأنت حرام ، وأنت خالصة وغيرها من الألفاظ التى لا تستعمل عرفا إلا فى الطلاق . ومذهب الجعفرية أن الطلاق المقترن أو الموصوف بما يدل على الشدة لا يكون إلا واحدة رجعية .

الحالة الخامسة — إذا كان الطلاق بلفظ من ألفاظ الكنايات التى تفيد معنى الشدة والانفصال التام ، نحو أنت بتة ، أو خلية . والكنايات كما علمت لابد لوقوع الطلاق بها عند الحنفية من دلالة الحال أو النية ، وعند الجعفرية لا يقع بها الطلاق مطلقاً كما تقدم .

الحالة السادسة — وهى خاصة بالجعفرية — أن طلاق من بلغت سن اليأس ، والصغيرة التى لم تبلغ تسع سنين يكون بائنا سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل ، وهذا مبنى على أن اليائسة والصغيرة لا تجب عليها عدة بالطلاق عندهم .

الحالة السابعة — إذا كان الطلاق مكملا للثلاث بانت به الزوجة بينونة كبرى بإجماع الفقهاء لصريح قوله تعالى « . . . فإن طلقها – يعنى للمرة الثالثة – فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » . وكذا يكون الطلاق بائنا بينونة كبرى عند الحنفية وجمهور الفقهاء إذا كان مقرونا بعدد الثلاث نحو أنت طالق ثلاثا ، أو كان مكررا ثلاث مرات فى مجلس واحد بالنسبة للمدخول بها (١) نحو أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق .

ودليل الحنفيه ومن معهم على وقوع الطلاق ثلاثا إذا اقترن بعدد الثلاث أو تكرر لفظه ثلاثا فى مجلس واحد ما ورد من أن ابن عمر لما طلق زوجته وهى حائض وأمره الرسول صلى الله عليه وسلم أن يطلقها للسنة قال ابن عمر : أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكان يحل لى أن أراجعها ؟ قال : لا ، كانت تبين منك وتكون معصية . وما ورد فى سنن أبى داود من أن ركانة بن عبد يزيد طلق

---

(١) قيدنا بالمدخول بها لأن الطلقة الأولى تصادفها حال قيام الزوجية حقيقة والثانية تصادفها وهى فى العدة وكذلك الثالثة . أما غير المدخول بها فتصادفها الطلقة الأولى حال قيام الزوجية فتبين بها ولا عدة عليها فإذا جاءت الطلقة الثانية والثالثة لم يكن لهما محل .

امرأته سهيمة المزنية البتة فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فقال : والله ما أردت إلا واحدة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت إلا واحدة ؟ فقال ركانة والله ما أردت إلا واحدة ، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فطلقها الثانية فى زمن عمر ، والثالثة فى زمن عثمان . وهذا الحديث صريح فى أن الطلاق بلفظ (ألبتة) لو نوى به الثلاث وقع ثلاثا ، وهو يفيد بطريق الأولى أنه لو كان بلفظ الثلاث يقع ثلاثا . وكذلك استدلوا بما ورد من أن عمر وعثمان وعليا وابن مسعود وابن عباس وغيرهم من الصحابة كانوا يفتون بأن من طلق زوجته ثلاثا وقع ثلاثا . وقد روى أبو داود عن مجاهد قال : كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال له إنه طلق امرأته ثلاثا ، فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه ، ثم قال : ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يابن عباس ، يابن عباس ، وإن الله قال « ومن يتق الله يجعل له مخرجا » وإنك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجاً عصيت ربك وبانت منك امرأتك . وعن الإمام مالك أنه بلغه أن رجلا قال لابن عباس : إنى طلقت امرأتى مائة تطليقة فماذا ترى على ؟ فقال ابن عباس: طلقت منك بثلاث ، وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا .

أما الجعفرية ، ومعهم بن تيمية وابن القيم ، فقد ذهبوا إلى أن الطلاق المقرون بعدد الثلاث أو المكرر ثلاث مرات فى مجلس واحد لايقع به سوى طلقة واحدة رجعية (١) ولهم على هذا أدلة كثيرة منها أن الله تعالى قال

---

(١) ذكر أبو جعفر الطوسى فى مسائل الخلاف ج ٢ ص ٨٩ أن بعض الجعفرية يرى أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع به شىء . ويظهر أنهم استندوا فى هذا إلى أن الطلاق على هذه الكيفية منهى عنه ، والمنهى عنه غير مشروع ، وغير المشروع ساقط الاعتبار .

« الطلاق مرتان » يعنى دفعتان ، ثم قال بعد ذلك « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ومن جمع ما بين الثلاث ما طلق مرتين ولا الثالثة (١) . وأجاب الحنفية عن هذا بأن كلمة مرتين كما تطلق ويراد منها دفعتين تطلق أيضاً ويراد منها مضاعفة الشيء ولو فى دفعة واحدة كقوله تعالى « أولئك يؤتون أجرهم مرتين » ولو سلم أن لفظ مرتين فى الآية لا يراد به إلا دفعتين فذلك للتنبيه على ما هو الأولى فى الطلاق ، وليس فى الآية ما يدل على عدم احتساب الطلقتين أو الثلاث لو كانت بلفظ واحد ، أو مكررة ثلاثا فى كلام واحد .

واستدل الجعفرية أيضاً بما ورد عن ابن عباس من أن ركانة بن يزيد طلق امرأته ثلاثا فى مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً ، فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف طلقتها ؟ قال طلقتها ثلاثا ، قال فى مجلس واحد؟ قال نعم ، فقال صلى الله عليه وسلم : إنما تلك واحدة فراجعها إن شئت ، قال : فراجعها . ورد الحنفية هذا الحديث بأنه منكر لمخالفته الثقات الإثبات ، والزيادة الواردة فى الرواية الأخرى المتقدمة زيادة لا تردها الأصول فوجب قبولها لثقة ناقليها ، والشافعى نفسه روى حديث ركانة بالرواية التى استدل بها الحنفية ، وقد قال بعض العلماء إن الشافعى وعمه وجده أهل بيت ركانة وهم أعلم بالقصة التى عرضت لهم .

واستدل الجعفرية أيضاً بما رواه مسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر ، طلاق الثلاث يقع واحدة ، فقال عمر بن الخطاب : إن الناس قد استعجلوا أمراً لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه . قالوا : فمن جعل

---

(١) مسائل الخلاف حـ ٢ ص ٩٠ .

الثلاث بلفظ واحد ، أو بألفاظ مكررة فى مجلس واحد طلقة واحدة يكون متبعاً رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومن جعلها ثلاثا يكون متبعاً عمر رضى الله عنه ، ورأى الرسول أولى ، لأنه لا يخطىء ، أما عمر فمجتهد يخطىء ويصيب . وأجاب الحنفية عن هذا الحديث بأن عمر رضى الله عنه ما غير ولا بدل بل جرى على ما كان عليه العمل على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، والصحابة وافقوه على رايه ولو كان مبتدعا غير ما عرف عن الرسول لعارضوه . وتأولوا الحديث . بأن الناس كانوا يطلقون طلقة واحدة هذا الذى يطلقون ثلاثا كما ذكره القرطبى ، ولفظ استعجلوا فى الحديث يدل على أنهم أحدثوا فى الطلاق ما لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو كان حالهم فى زمن عمر على ما كان عليه زمن الرسول ما قال عمر ذلك القول ولا عاب عليهم أنهم استعجلوا أمراً كانت لهم فيه أناة . وقيل إن معنى الحديث أن الطلاق الى يكون بتكرار عبارة الطلاق ثلاث مرات فى كلام واحد كان الرسول يمضيه طلقة واحدة لأن الناس كانوا يقصدون بذلك التأكيد فقط وكانوا يصدقوا فى دعوى التأكيد لدينهم وأمانتهم . أما على عهد عمر فالناس غير الناس وفيهم من كان يقصد بالتكرار إنشاء الثلاث لا التأكيد فسداً لباب التلاعب أجرى عمر اللفظ على ظاهره بلا تفرقة بين مدعى التأكيد ومدعى التأسيس لأن الناس لتغير أحوالهم ما صاروا يصدقون كما كانوا يصدقون على عهد رسول الله وهذه حكمة عمر وسياسته وقد أقره عليها صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم . ثم إن ابن عباس الذى أثر عنه هذا القول كان يفتى بلزوم الطلقات الثلاث إن أوقعها مجتمعة ، ولا شك أنه أدرى بتفسير كلامه فلا وجه بعد ذلك لحمل الحديث على ما ذهب إليه الجعفرية وموافقوهم .

هذا ، وفى مصر يجرى العمل على ما ذهب إليه الجعفرية من أن طلاق

الثلاث يقع واحدة رجعية . فقد نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن الطلاق المقترن بعدد الثلاث لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة (١) .

٣ — حكم الطلاق البائن : —

تقدم أن الطلاق البائن ينقسم إلى قسمين ، بائن بينونة صغرى ، وبائن بينونة كبرى ، ولكل منهما أحكام تتعلق به :

أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى :

١ — أنه يزيل الملك ولا يزيل الحل ، وعليه فإن أحكام الزوجية تنقطع فى الحال ولا يبقى منها سوى أن تعتد المرأة فى منزل الزوجية عند الحنفية ، وفى أى مكان شاءت عند الجعفرية ، وكذا وجوب النفقة لها مدة العدة حاملا كانت أو غير حامل عند الحنفية ، وبشرط كونها حاملا عند الجعفرية .

٢ — أنه ينقص به عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته .

٣ — بمجرد وقوع الطلاق البائن يحل ما كان مؤجلا من المهر إلى أقرب الأجلين ، (الطلاق أو الموت) .

٤ — إذا مات أحد الزوجين ولو فى أثناء العدة فلا يرثه الآخر ، لأن سبب الإرث وهو الزوجية قد زال بالطلاق ، ولكن إذا كان الزوج قد أوقع

---

(١) ليس فى نص المادة ما يدل على أن الواحدة رجعية ولا ما يدل على أن الطلاق الذى تكرر صيغته ثلاث مرات فى مجلس واحد يكون واحدة رجعية ولكن يمكن أخذ ذلك من روح المادة المذكورة ومن نص المادة الخامسة من القانون المذكور وهى (كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال) .

الطلاق حال مرضه قاصداً حرمان الزوجة من الميراث فإنها ترثه إن مات وهى فى العدة معاملة له بنقيض مقصوده .

أحكام الطلاق البائن بينونة كبرى :

١ — أنه يزيل الملك والحل معاً وعليه فإن كل الحقوق الزوجية تنقطع فى الحال ولا يبقى منها سوى العدة ونفقتها ، على الخلاف السابق بين الحنفية والجعفرية .

٢ — البينونة الكبرى نهاية ما يملك الزوج على زوجته من الطلاق ، وعليه فلا محل بعدها لطلاق آخر يوقعه الزوج على المرأة .

٣ — لا يستطيع الزوج أن يعيد إليه الزوجة المبانة بينونة كبرى إلا بعد أن تتزوج زوجاً آخر زواجا صحيحا ، ويدخل بها دخولا حقيقياً[1] ، ثم يطلقها لسبب من أسباب الطلاق أو يموت عنها ، ثم تنقضى عدتها ، وحينئذ يجوز له أن يعقد عليها برضاها عقداً جديداً بمهر جديد .

٤ — يحل به مؤجل المهر كما تقدم فى أحكام البينونة الصغرى .

٥ — إذا مات أحد الزوجين ولو أثناء العدة لا يرثه الآخر كما تقدم فى أحكام البينونة الصغرى .

---

(١) عند الحنفية والجعفرية يصح أن يكون الزوج الثانى مراهقا قريبا من البلوغ ودخوله بالزوجة يحلها لزوجها الأول . ونكاح المتعة عند الجعفرية لا يحل المرأة لزوجها الأول . ولا يشترط الحنفية كون الوطء من الزوج وطئاً حلالا ، أما الجعفرية فقد ذكر أبو جعفر الطوسى فى مسائل الخلاف حـ ٢ ص ٩٩ : أنه إذا وطئها الزوج الثانى فى حال يحرم وطؤها فيه ، بأن يكون أحدهما صائما أو محرما أو تكون المرأة حائضا أو نفساء فإنها لا تحل به للأول . ومن الحنفية من قال بهذا .

هذا هو الطلاق الرجعى والطلاق البائن ، وهذه هى أحكام كل منها بالنسبة لكل من مذهب الحنفية ومذهب الجعفرية . والعمل فى المحاكم العراقية لا يزال إلى اليوم يجرى على ماذكرناه ، أما فى مصر فقد جرى العمل أخيراً بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن « كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال » هذا بالنسبة للطلاق الذى يوقعه الزوج على زوجته ، أما بالنسبة للطلاق الذى يوقعه القاضى بطلب من الزوجة فقد جرى العمل فى مصر على أنه يكون رجعياً إذا كان بسبب عدم الإنفاق على الزوجة أو العسر بالنفقة ، ويكون بائناً فى كل ماعدا ذلك من الحالات التى يطلق فيها القاضى على الزوج ، وسنبين عند الكلام عن باقى فرق الزواج ما يعتبر منها طلاقاً رجعيا ومايعتبر بائنا على كل من مذهب الحنفية والجعفرية .

وقبل أن نترك هذا البحث نرى أن نعرض للكلام عن ثلاث مسائل تتصل بموضوع الطلاق الرجعى والبائن وهى :

١ — هل ألفاظ الطلاق المجردة عن العدد يصح معها نية العدد أو لا ؟

٢ — نكاح التحليل وحكمه .

٣ — هل يهدم الزوج الثانى طلاق الزوج الأول ، ثلاثا كان أو دون الثلاث ؟ . وإليك توضيح كل مسألة على حدة .

المسألة الأولى ـ هل ألفاظ الطلاق المجردة عن العـــدد يصح معها نية العدد أو لا ؟

ذهب الحنفية إلى أن الألفاظ التى يقع الطلاق بها رجعيا مثل أنت طالق من ألفاظ الصريح ، وأنت واحدة من ألفاظ الكناية لا يقع الطلاق بها

إلا واحدة رجعية . ونية البينونة الصغرى أو الكبرى لا تصح ، وكذا لا تصح نية الثنتين ، لأن النية لا تعمل إلا فيما يحتمله اللفظ ، واللفظ هنا لا يحتمل شيئاً من ذلك حتى تصح نيته ، وخالف زفر فقال تصح نية الرجعي والبائن بقسميه . أما ألفاظ الطلاق المقترنة أو الموصوفه بما يدل على الشدة وقطع الصلة بتاتا ، صريحة كانت أو كناية فحكمها أنه لو نوى المطلق بها ثلاثا كانت ثلاثا ، وإلا وقعت واحدة بائنة . أما نية الثنتين فلا تصح لأن الثنتين عدد محض لا يحتمله اللفظ فلا تعمل فيه النية .

وذهب الشافعية إلى أن الطلاق بألفاظ الصريح أو الكناية ولو مقرونة بما يدل على الشدة ، لا يكون الطلاق بها إلا واحدة رجعية ولو مع نية البينونة .

وذهب الجعفرية إلى أن صريح الطلاق ولو مقترناً بما يدل على الشدة لا يقع به إلا واحدة رجعية ولو مع نية البينونة ، أما ألفاظ الكناية فلا يقع بها طلاق على أية حال .

ولكن يشهد لمذهب الحنفية ما رواه أبو داود وغيره من أن ركانة ابن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة بتة ، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك ، فقال له : ما أردت إلا واحدة ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت إلا واحدة ؟ فقال ركانة : والله ما أردت إلا واحدة ، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم . فسؤال الرسول صلى الله عليه وسلم لركانة وتقريره باليمين أنه ما أراد إلا واحدة دليل على أنه لو أراد الثلاث وهى البينونة الكبرى لأمضاها عليه ، فكذا لو أراد البينونة الصغرى بل هى أولى .

المسألة الثانية — نكاح التحليل وحكمه :

عرفت — فيما تقدم — أن المبانة بينونة كبرى لا يصح رجوعها إلى من

أبانها إلا بعد أن تتزوج زوجاً آخر زواجا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقياً ، وعلى هذا فإن كان الزواج غير صحيح فلا تحل به لزوجها الأول ولو كان معه دخول حقيق ، وإن كان الزواج صحيحا ولم يكن معه دخول حقيقى فلا تحل به كذلك لزوجها الأول ، وهذا الذى ذكرناه ثابت بالكتاب والسنة ، أما الكتاب فقوله تعالى « . . . فإن طلقها — أى الطلقة الثالثة — فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » والنكاح فى الآية مراد به الوطء حملا للكلام على الإفادة دون الإعادة إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج فى قوله زوجا غيره ، فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تأكيداً ، والتأسيس أولى من التأكيد (١) .

وأما السنة فما رواه البخارى وغيره عن عائشة رضى الله عنها قالت : جاءت امرأة رفاعة القرظى إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : كنت عند رفاعة القرظى فأبت طلاقى فتزوجت بعده بعبد الرحمن ابن الزبير (بفتح الزاى المشددة) وإنما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة ؟ لا : حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك . وجاء فى رواية أخرى : أنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات . هذا والعقل يقضى بأن الدخول الحقيق لابد منه حتى تحل المرأة لزوجها الأول ، ذلك أن الله تعالى ما أراد بالزواج الثانى إلا زجر المطلق ثلاثا ، والزجر إنما يظهر فى الدخول الحقيق لا فى مجرد العقد ، إذ الدخول هو الذى يأنف منه الزوج ، والعقد بمجرده تتقبله النفس بلا أنفة وبلا غضاضه هذا هو حكم الشارع فيما تحل به المبانة ثلاثا لمن أبانها ولم يخالف فى ذلك أحد من الصحابة والتابعين ، وما يروى عن سعيد بن المسيب من أنه كان

---

(١) شرح العناية على الهداية ﺣ ٣ ص ١٧٥ (هامش فتح القدير) .

يرى مجرد العقد كاف فى التحليل ، يراه العلماء غايه فى الغرابة ويقولون لعله لم يبلغه الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسـلم ، وقيل إنه ارتآه ثم رجع عنه .

. . . ولكن يحدث كثيراً أن بعض الناس يتزوج المطلقة ثلاثا بقصد إحلالها لزوجها الأول ، فهل مثل هذا تحل به الزوجة أو لا تحل ؟

اتفق فقهاء الحنفية والجعفرية على أن الزواج لو نوى فى نفسه تحليلها الزوج الأول دون تصريح بذلك عند العقد فإن الزوجة تحل به ، لأن العقود لا تؤثر فى صحتها النية المجردة . أما إذا تزوجها على أن يحلها لزوجها الأول بأن يقول تزوجتك على أن أحلك له أو تقول هى تزوجتك على أن تحلنى له فقد اختلف فقهاء الحنفية فى ذلك ، فذهب أبو حنيفة وزفر وهو مذهب الجعفرية إلى أن الزواج صحيح ولكنه مكروه كراهة تحريم لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له » . أما شرط التحليل فشرط فاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر على صحة العقد ، ولا يعمل بها ، ولذا كان للزوج الثانى أن يبقى على زوجيته وليس لأحد أن يجبره على الطلاق ، وما دام العقد صحيحاً فإن المرأة تحل لزوجها الأول إن طلقها زوجها الثانى بعد دخوله بها .

وذهب أبو يوسف إلى أن الزواج فاسد ، لأنه ما دام مشروطاً بالتحليل فهو فى معنى الزواج المؤقت ، والزواج يفسده التأقيت كما علمت ، وعلى هذا فلا تحل به المرأة لزوجها الأول ولو حصل فيه دخول حقيقى .

وذهب محمد إلى أن الزواج صحيح ، لكنه مع صحته لا يحل المرأة لزوجها الأول معاملة للزوج والزوجة بنقيض مقصودهما حيث استعجلا أمراً أخره الشارع .

والذى نختاره ونرجحه قول أبى يوسف لأن قصد التحليل معناه التأقيت والنكاح المشروع هو ما كان على جهة الدوام ، ولأن الرسول سمى المحلل تيساً مستعاراً ولعنه ، ولأن عمر رضى الله عنه كان يقول « لا أوتى بمحلل ولا بمحللة إلا رجمتهما » ولما ورد من أن ابن عمر سئل عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها أخ له ليحلها لأخيه ، هل تحل للأول ؟ قال : لا إلا نكاح رغبة ، كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم .

المسألة الثالثة ـ هل يهدم الزوج الثانى طلاق الزوج الأول، ثلاثا كان أو دون الثلاث ؟ :

وهذه تسمى فى كتب الفقه مسألة الهدم . وحاصلها ، أن الزوجة المطلقة ثلاثا إذا تزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى زوجها الأول فإنها تعود إليه بحل جديد أى أنه يملك عليها ثلاث طلقات جديدة ، أما الطلقات الثلاث التى أوقعها عليها من قبل فقد هدمها الزوج الثانى ، وهذا باتفاق بين الحنفية والجعفرية وسائر الفقهاء .

. . . ولكن هل إذا طلق الرجل زوجته طلقة واحدة أو طلقتين فتزوجت من زوج آخر ودخل بها ، ثم عادت لزوجها الأول ، فهل تعود له بحل جديد فيملك عليها ثلاث طلقات جديدة ؟ أو تعود له بالحل الأول فلا يملك عليها إلا ما بقى بعد الطلقة أو الطلقتين ؟ . ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ، والجعفرية على الراجح من مذهبهم إلى أن الزوج الثانى يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث بل ذلك أولى ، وعليه فإن المرأة تعود لزوجها الأول بحل جديد يملك فيه عليها ثلاث طلقات جديدة .

وذهب محمد وزفر — وهو رواية غير مشهورة عند الجعفرية — إلى أنه

الزوج الثانى لا يهدم ما دون الثلاث ، فإذا عادت المرأة لزوجها الأول تعود له بالحل الأول وبما بقى فيه من طلقات ، فإن كان قد طلقها فى الزواج الأول طلقة واحدة عادت له بطلقتين ، وإن كان قد طلقها اثنتين عادت له بواحدة ، بخلاف من طلقت ثلاثا فإنها حرمت على زوجها الأول بالطلقة الثالثة ، والزوج الثانى أزال الحرمة ، فإذا عادت إلى الأول عادت بحل جديد ، فيملك عليها ثلاث طلقات جديدة بمقتضاه .

الفصل السابع

فى : الرجعة

(١) تعريفها (٢) من له حق الرجعة (٣) بم تكون ؟ (٤) شروطها (٥) الخلاف فيها .

١ — تعريف الرجعة : —

الرجعة هى استدامة الزوجية القائمة ، بالقول أو الفعل ، بعد أن كانت على خطر الزوال بسبب الطلاق الرجعى . فالرجعة تفسد عمل الطلاق فى إنهاء الزوجية عند نهاية العدة فيبقى ملك النكاح قائماً كما هو دون أى أثر للطلاق إلا نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته .

٢ — من له حق المراجعة : —

والرجعة حق الزوج وحده ، فله أن يراجع زوجته فى عدتها إن رأى إمساكها ، وله أن يتركها بلا مراجعة حتى تنقضى عدتها فتبين منه إن رأى متاركتها . وليس للزوجة حق فى المراجعة فلا تستقل بها ، ولا يتوقف حق

الزوج فى الرجعة على رضاها . والذى يدل على أن الرجعة حق الزوج بلا منازع ولا مدافع قول الله تعالى بعد ذكر الطلاق «فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف . . .» وقوله بعد أمر النساء بالتربص مدة العدة «وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا» حيث أسندت الآية الأولى الإمساك والمفارقة إلى الأزواج ، وأعطت الآية الثانية حق الرد والمراجعة لهم دون غيرهم .

وإذا ثبت أن الرجعة حق الزوج شرعاً ، فليس له أن يسقط حقاً وجد سببه وملكه الله إياه ، بأن يقول بعد وقوع الطلاق — مثلا — لا حق لى فى المراجعة أو أسقطت حقى فى المراجعة ، لأن العبد لا يستطيع إبطال عمل الأسباب بعد أن ربطها الله بمسبباتها ، ولا يملك تغيير ما شرعه الله عز وجل لعباده .

٣ — بم تكون الرجعة ؟ —

والرجعة تكون بواحد من أمرين : القول ، أو الفعل .

فالرجعة بالقول تارة تكون بلفظ صريح نحو : راجعت زوجتى ، أو أمسكتها . أو رددتها إلى عصمتى ، وكذا قوله مخاطباً لها : راجعتك ، أو أمسكتك ، أو رددتك إلى عصمتى ، وهذا باتفاق بين الحنفية والجعفرية . وتارة تكون بلفظ من ألفاظ الكناية — عند الحنفية دون الجعفرية — نحو أنت امرأتى ، أو أنت عندى كما كنت إذا نوى بها المراجعة ، لأن العبارة تحتمل ذلك ، وتحتمل أنها مثل امرأته معزة وإكراماً ، أو أنها كما كانت قبل عناية بها ورعاية لها .

والرجعة بالفعل تكون بكل ما يوجب حرمة المصاهرة من الوطء ودواعيه كالقبلة واللمس بشهوة منه ولو اختلاساً ، ومنها إن كان ذلك بعلمه

ولم يمنعها منه ، فإن كان شيء من ذلك باختلاس منها ، أو بغير رضا الزوج فمن الحنفية من يثبت به الرجعة ومنهم من لا يثبتها . والجعفرية لا يثبتون الرجعة إلا بما يكون من الرجل . والرجعة تثبت ــ عند الحنفية والجعفرية ــ بالكتابة ، وبالإشارة من الأخرس على نحو ما تقدم فى عقد الزواج .

٤ ــ شروط الرجعة : ــ

ولابد لصحة الرجعة من شرطين :

الأول ــ أن تكون فى مدة العدة ، فإن انتهت المدة بلا مراجعة سقط حق الزوج فيها ، وبانت الزوجة ، وحلت للإزواج (١) .

الثانى ــ أن تكون المراجعة منجزة ، فإن كانت معلقة على شرط يوجد فى المستقبل ، أو مضافة إلى زمن مستقبل فلا تصح ، لأنها استدامة لملك النكاح فكانت كإنشائه ، وعقود التمليك وما فى معناها من التصرفات التى تفيد الملك لا تصح إلا منجزة .

ولا يشترط الحنفية ولا الجعفرية الإشهاد على الرجعة ، ولكنه يندب منعاً للتناكر فيما بعد ولا يشترطون علم الزوجة بها ، ولكنه يندب إعلامها حتى لا تتورط فى الزواج بعد انتهاء العدة ، ولا يشترطون عقداً ولا مهراً ولا حضور ولى لأنها ليست إنشاء للزواج ، بل هى إبقاء عليه واستدامة له .

---

(١) إذا كانت العدة بالقروء فانتهاؤها بمجرد انقطاع الدم من الحيضة الثالثة إن انقطع الدم لعشرة أيام، وإن انقطع لأقل من عشرة أيام فلا تنتهى الرجعة إلا إذا اغتسلت ، أو تيممت وصلت ، أو صارت الصلاة ديناً فى ذمتها . وعند الجعفرية تنقطع الرجعة إذا رأت دم الحيضة الثالثة بعد انقضاء ثلاثة أطهار .

ويشترط الحنفية فى المراجعة بالقول أن يكون المراجع أهلا لمباشرة عقد الزواج فلا تصح من مجنون أو معتوه أو نائم أو مغمى عليه ولا من سكران بمباح ، أما الرجعة بالفعل فتصح عندهم من المجنون والمعتوه والسكران ، وتصح عندهم المراجعة بالقول أو الفعل من المكره والهازل وغير القاصد ، لأن الرجعة استدامة ملك النكاح القائم وما صح ابتداء صح استبقاء ، بل هو أولى .

٥ ـ الخلاف بين الزوجين فى الرجعة : ـ

الخلاف بين الزوجين فى الرجعة تارة يكون على أصل ثبوتها ، وتارة يكون على وقوعها ، وتارة يكون على صحتها .

فإذا كان الخلاف بين الزوجين على أصل ثبوت الرجعة ، وذلك بأن يدعى الزوج أن الطلاق رجعى فحقه فى الرجعة ثابت ، وتدعى الزوجة أن الطلاق بائن فلا حق له فى الرجعة ، فأيهما أتى ببينة على دعواه حكم له بما ادعى ، وإن أتى كل واحد منهما ببينة قبلت بينة الزوجة لأنها على خلاف الظاهر ، إذ الظاهر كون الطلاق رجعياً لأنه الأصل ، وإن عجزا عن البينة فالقول قول الزوج مع يمينه لأن الظاهر يشهد له ، وهو الذى طلق فيرجع إليه فى بيان نوع الطلاق .

وإذا كان الخلاف بين الزوجين على وقوع الرجعة وذلك بأن يدعى الزوج أنه راجعها والزوجة تنكر ذلك ، فإن كان الخلاف حال قيام العدة صدق الزوج ، لأنه أخبر بشىء يملك إنشاءه فى الحال فيجب تصديقه فيه ، لأن من القواعد الشرعية المقررة أن من حكى أمراً يملك إنشاءه فى الحال صدق فيما حكاه ، وإن كان الخلاف بعد مضى العدة فعلى الزوج إثبات دعواه بالبينة فإن أتى بها قضى بما ادعاه ، وإن عجز عنها فالقول قول الزوجة بلا يمين

عند أبي حنيفة ومع اليمين عند أبي يوسف ومحمد. ولو أن المرأة تزوجت بعد العدة، والزوج أثبت بالبينة أنه راجعها في العدة فرق القاضي بينها وبين زوجها الثاني ولو بعد الدخول لفساد النكاح.

وإذا كان الخلاف بين الزوجين على صحة الرجعة، بأن اتفقا على أصل وقوعها ولكن الزوجة تدعي عدم صحتها لأنها وقعت بعد مضي العدة، والزوج يدعي صحتها لأنها وقعت في العدة، فإن كانت المدة التي مضت على الطلاق تحتمل انتهاء العدة فالقول قول الزوجة مع يمينها، وإن كانت لا تحتمل انتهاء العدة كانت كاذبة في دعواها وحكم بصحة الرجعة.

وأقل مدة العدة بالقروء للحرة ستون يوماً عند أبي حنيفة، وتسعة وثلاثون يوماً عند أبي يوسف ومحمد، وستة وعشرون يوماً ولحظتان عند الجعفرية. وسيأتي بيان ذلك عند الكلام عن العدة إن شاء الله تعالى.

الفصل الثامن

في : تفويض الطلاق

(١) تعريفه (٢) دليل مشروعيته (٣) حقيقته (٤) صيغ التفويض (٥) أقسامه (٦) حكمه.

١ — تعريف التفويض :—

تفويض الطلاق هو تمليك الزوج غيره حق تطليق زوجته، أو تمليك الزوج زوجته حق تطليق نفسها.

٢ — دليل مشروعيته : —

والأصل فى شرعية التفويض قوله تعالى « يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلا . وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيما ، فالله سبحانه وتعالى أمر رسوله عليه الصلاة والسلام حين غضب على نسائه لما سألنه من النفقة ما ليس عنده أن يخيرهن بين الطلاق إن أردن الدنيا وزينتها ، وبين الإبقاء على الزوجية إن آثرن رضوان الله ورسوله ونعيم الآخرة ، والذى كان من النبي عليه الصلاة والسلام هو أنه جعل أمر الزوجية إلى نسائه إن شئن أنهينها وإن شئن أبقين عليها .

وأيضاً فإن الطلاق حق يملكه الزوج ، وكل من ملك حقاً فله أن يتولاه بنفسه ، وله أن يعهد به إلى غيره . فإن عهد الزوج بطلاق زوجته إليها كان ذلك تفويضاً ، وإن عهد به إلى غيرها كان توكيلا إلا إذا علق على تطليقها على مشيئة ذلك الغير فإنه يكون تفويضاً له لا توكيلا ، لأنه لما جعل أمر الطلاق إلى مشيئته كان مملكا إياه حق الطلاق يعمل فيه بمشيئته بخلاف الوكيل فإنه لا يعمل بمشيئة نفسه وإنما يعمل بمشيئة من وكله .

٣ — حقيقة التفويض : —

والتفويض فى حقيقة أمره تمليك لا كسائر التمليكات لأنه يختلف عنها فى أمور :

منها أن التفويض لا يسلب الزوج حقه فى التطليق فله بعد التفويض أن يطلق زوجته ، بخلاف التمليك المحض فإنه يسلب المملك حق التصرف فيما ملكه لغيره ، كالبائع بعد تمام عقد البيع لا يملك التصرف فى المبيع لأنه خرج عن ملكه إلى ملك المشترى .

ومنها أن التفويض يتم بالإيجاب من جانب الزوج ولا يتوقف على القبول من جانب الزوجة أو غيرها ، بخلاف التمليك فإنه لا يتم إلا بمجموع الإيجاب والقبول ، ولهذا لم يكن للمفوض حق الرجوع عن التفويض بعد صدور الإيجاب منه ، وكان للبائع حق الرجوع فى البيع بعد صدور الإيجاب ما دام القبول لم يصدر من جانب المشترى .

والتفويض له شبه بالتوكيل من ناحية أن كلا منهما لا يسلب الإنسان حقه فى التصرف فيما فوض فيه أو وكل به ، ولكن مع هذا يختلف التفويض عن التوكيل فى أمور :

منها أن المفوض يعمل بمشيئته ، بخلاف الوكيل فإنه يعمل بمشيئة موكله ومنها أن التفويض لا يتوقف على قبول المفوض إليه ، بخلاف التوكيل فإنه يتوقف على قبول الوكيل .

ومنها أن المفوض لا يملك الرجوع عن التفويض لأنه تعليق الطلاق على مشيئة الغير والطلاق المعلق كالمنجز فى أن كلا منهما لا يصح الرجوع فيه بعد صدوره ، بخلاف التوكيل حيث يملك الموكل الرجوع عن الوكالة وعزل الوكيل قبل أن ينفذ ما وكل به .

ومنها أن التفويض المطلق يتقيد بمجلس التفويض أو بمجلس العلم به ، فليس للمفوض إليه أن يطلق بعد المجلس ، بخلاف التوكيل فإنه لا يتقيد بالمجلس ، فللوكيل أن يطلق بعده إلا إذا قيدت الوكالة بالمجلس فإنها تتقيد به .

هذه هى حقيقة التفويض عند الحنفية ، وهذا هو فرق ما بينه وبين التمليك المحض ، وفرق ما بينه وبين الوكالة .

أما الجعفرية فحقيقة التفويض عندهم أنه توكيل وإذن من الزوج فى

الطلاق ، لذا كان للزوج حق الرجوع عنه بعد إيجابه قبل جواب من فوضه، كما أنه لا يتقيد التفويض بالمجلس فللمفوض إليه — زوجة أو غيرها — أن يطلق فى المجلس وبعد المجلس إلا إذا كان التفويض مقيداً بوقت فإنه يبطل بمضيه .

٤ — صيغ التفويض : —

وتفويض الطلاق يكون بكل لفظ يدل عليه ، ولكن فقهاء الحنفية ذكروا ثلاث صيغ وهى (اختارى نفسك) . أمرك بيدك) (طلق نفسك إن شئت) (١) . والصيغة الأولى والثانية من ألفاظ الكناية فلابد لصحة التفويض بهما من دلالة الحال أو نية الطلاق ، ويقع الطلاق بهما بائناً ، لأنه لا يتم اختيارها نفسها أو أن يكون أمرها بيدها إلا بالبينونة . أما الصيغة الثالثة فيثبت التفويض بها بدون نية ويقع الطلاق بها رجعياً إلا إذا كان لم يدخل بها أو كان التفويض على عوض فإنه حينئذ يكون بائناً وإن كان مكملا للثلاث وقعت به بينونة كبرى .

وقال الجعفرية : لا يقع الطلاق إلا إذا قالت الزوجة (أنا طالق) سواء أكان التفويض بألفاظ الكناية أم بصريح لفظ الطلاق ، ويكون طلقة واحدة

---

(١) تقييد صريح الطلاق بالمشيئة ليس بلازم بالنسبة للزوجة فى حق طلاق نفسها ، لأن إنابة الزوجة فى تطليق نفسها ولو بصيغة التوكيل ، كما لو قال لها وكلتك فى تطليق نفسك لا يكون إلا تفويضاً لأنها تختار لنفسها فهى تعمل بمشيئتها لا بمشيئة زوجها ، ولهذا قال فقهاء الحنفية ولو قال رجل لزوجته طلق نفسك وضرتك كان مفوضاً لها بالنسبة لنفسها ، وموكلا بالنسبة لضرتها . ولو قال لها طلق نفسك وضرتك إن شئت كان مفوضا لها بالنسبة لنفسها ولضرتها . أما تفويض غير الزوجة بطلاق الزوجة فلابد مع لفظ الطلاق الصريح من التقييد بالمشيئة وإلا كان توكيلا كما تقدم .

رجعية إلا إذا كانت الزوجة غير مدخول بها ، أو كان التفويض على عوض ، أو كانت صغيرة دون البلوغ ، أو كانت يائسة من المحيض فإن الطلاق حينئذ يكون بائنا ، وإن كان مكملا للثلاث بانت به بينونة كبرى .

هذا ، وصيغة التفويض تارة تكون مطلقة عن التقييد بوقت كقوله (اختارى نفسك) ، وتارة تكون مقيدة بوقت معين كقوله (اختارى نفسك مدة شهر) وتارة تكون مقترنة بما يدل على التعميم فى كل زمن كقوله (اختارى نفسك متى شئت) وعلى كل إما إن تكون الزوجة حاضرة وقت التفويض أو غائبة . ولكل حالة حكمها .

فإن كان التفويض بصيغة مطلقة فللزوجة أن تطلق نفسها فى مجلس التفويض فقط إن كانت حاضرة ، وفى مجلس علمها — ولو بعد مدة طويلة — إن كانت غائبة ، فإن قامت عن المجلس أو ظهر منها ما يدل على الإعراض بطل التفويض (١) ، وقيام الزوج عن المجلس لا يقطعه ما دامت الزوجة باقية فيه . وقد مر أن الجعفرية لا يقيدون التفويض بالمجلس فى هذه الحالة .

وإن كان التفويض مقيداً بوقت معين فلها أن تطلق نفسها فى هذه المدة ، فإن مضت بطل التفويض بمضيها سواء أكانت الزوجة حاضرة أم غائبة .

---

(١) إذا قالت امرأة لرجل تزوجتك على أن يكون أمرى بيدى أطلق نفسى إن شئت فقال الزوج قبلت فالظاهر من عبارات فقهاء الحنفية أنها لا تملك تطليق نفسها إلا فى مجلس العقد ، لأن التفويض مطلق ، ولكن رأت بعض المحاكم المصرية أن هذا التفويض وإن كان ظاهره الإطلاق إلا أنه فى الحقيقة يعم كل الأوقات فهو فى معنى قولها أطلق نفسى متى شئت لأن قرينة الحال تؤيد ذلك إذ ليس من المعقول أن تكون المرأة اشترطت ذلك لتطلق نفسها فى مجلس العقد ، وإنما المعقول أن تكون اشترطته لتطلق نفسها فى المستقبل إن حدث ما يدعو إلى الطلاق ، وهذه وجهة نظر سليمة .

وإن كان التفويض مقترنا بما يدل على التعميم فى كل زمن فللزوجة أن تطلق نفسها أى وقت شاءت سواء أكانت حاضرة وقت التفويض أم كانت غائبة ، وليس لها أن تطلق نفسها أكثر من مرة واحدة إلا إذا كانت صيغة التفويض تفيد التكرار كأن يقول لها (طلقى نفسك كلما شئت) فإنه يجوز لها أن تطلق نفسها مرة بعد مرة إلى أن تستنفد عدد الطلقات التى يملكها الزوج عليها فى الحل الذى فوضها فيه ، وإذا كان تفويض الطلاق لغير الزوجة فالحكم هو الحكم فى كل ما تقدم .

٥ ــ أقسام التفويض : ــ

ينقسم التفويض باعتبار الوقت الذى صدر فيه إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول ــ تفويض قبل الزواج معلقاً على وجوده ، كأن يقول رجل لامرأة : إن تزوجتك فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ، فإن تزوجها كان لها حق طلاق نفسها متى شاءت . وهذا عند الحنفية دون الجعفرية ، وهو مبنى على ما ذهب إليه الحنفية من أنه يجوز تعليق الطلاق على الزوج ، ومامعنا فيه تعليق الطلاق على الزواج ومشيئتها الطلاق ، ولا فرق فى الحكم بين قوله إن تزوجتك فأنت طالق وقوله إن تزوجتك فأنت طالق إن شئت .

القسم الثانى ــ تفويض مقارن لعقد الزواج ، وله صورتان : الصورة الأولى أن يصدر إيجاب عقد الزواج من المرأة مشروطاً بتفويض الطلاق إليها ثم يكون القبول من الزوج على وفق الإيجاب ، كأن تقول المرأة للرجل : تزوجتك على أن أطلق نفسى متى شئت فيقول الرجل لها : قبلت ، فحينئذ يصح العقد ويكون لها حق تطليق نفسها متى شاءت لأن القبول من الرجل قبول للزواج ثم للشرط ، فكان التفويض فى هذه الصورة واقعاً بعد تمام العقد ، وبعد تمام العقد يملك عليها الطلاق فله أن يملكه إياها .

والصورة الثانية : أن يبدأ الرجل بالإيجاب مشروطاً بتفويض الطلاق إلى المرأة ، ثم يكون القبول من الزوجة على وفق الإيجاب ، كأن يقول لها : تزوجتك على أن يكون أمرك بيدك ، أو على أن تطلق نفسك متى شئت فتقول له قبلت ، فحينئذ يصح العقد ويبطل التفويض ، لأن التفويض فى هذه الصورة وقع قبل تمام العقد لأن العقد لا يتم إلا بالقبول ، وقبل تمام العقد لا يملك الرجل طلاق المرأة فلا يملك أن ملكها إياه ، وفاقد الشيء لا يعطيه .

القسم الثالث — تفويض واقع بعد تمام العقد ، كأن يتم عقد الزواج بالإيجاب والقبول ، ثم يفوض الزوج بعد ذلك أمر الطلاق لزوجته أو لغيرها ، وهذا تفويض صحيح تترتب عليه آثاره .

٦ — حكم التفويض : —

والتفويض لا يوجب على المفوض إليه إيقاع الطلاق ، بل هو مخير بين إيقاعه وعدمه ، فإن اختار عدم الإيقاع لا يقع شيء ، وإن اختار الإيقاع فلابد لوقوع الطلاق من أن يكون على وفق ما ملكه له الزوج ، وعلى هذا إذا فوض الزوج زوجته بقوله (اختارى نفسك) فقالت اخترت نفسى فلا يقع به سوى طلقة واحدة بائنة سواء نوى الزوج طلقة واحدة أم اثنتين أم ثلاثا . لأن الاختيار معناه مجرد الخلاص من الزوجية والخلاص غير متنوع حتى يحتمل إرادة الثنتين أو الثلاث .

وإذا فوضها بقوله (أمرك بيدك) فإن نوى طلقة أو طلقتين فليس لها أن تطلق نفسها إلا واحدة بائنة . وإن نوى ثلاثا فلها أن تطلق نفسها واحدة ولها أن تطلق نفسها ثلاثا لأن الأمر مصدر والمصدر جنس يحتمل العموم والخصوص ولا يحتمل الثنتين لأنها عدد محض . والجعفرية — كما علمت —

لا يوقعون الطلاق إلا واحدة على أية حال بشرط أن يكون جواب الزوجة بقولها (أنا طالق) .

وإذا فوضها بصريح لفظ الطلاق فإما أن توقعه على وفق ما فوضها الزوج وأما أن تخالف ، فإن وافقت وقع ما أوقعته باتفاق الحنفية والجعفرية . وإن خالفت فإما أن يكون التفويض غير مقيد بمشيئتها ، وإما أن يكون مقيداً بها ، وعلى كل إما أن تخالف فى العدد وإما أن تخالف فى الوصف فهذه أربع صور لكل صورة حكمها :

الصورة الأولى — إن كان التفويض غير مقيد بمشيئتها فخالفت فى العدد ، وهذه حكمها أنها إن خالفت إلى أقل كما إذ قال لها طلق نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة أو اثنتين وقع ما أوقعته باتفاق عند الحنفية ، لأن من يملك الثلاث يملك ما دونها . وإن خالفت إلى أكثر بأن قال لها طلق نفسك واحدة فطلقت ثنتين أو ثلاثا فلا يقع شيء عند أبي حنيفة لأنها أتت بغير ما فوض إليها فكانت مبتدئة لا ممتثلة ، وقال أبو يوسف ومحمد تقع واحدة فقط لأنها تملكها بالتفويض والزائد يلغو لأنها لا تملكه .

الصورة الثانية — إن كان التفويض غير مقيد بمشيئتها فخالفت فى الوصف ، بأن فوضها فى طلاق بائن فأوقعته رجعياً أو بالعكس وقع ما فوضها به باتفاق الحنفية ويلغو ما وصفت به وتعتبر كأنها اقتصرت على إيقاع أصل الطلاق فيقع بالصفة التى عينها الزوج .

الصورة الثالثة — إن كان التفويض مقيداً بمشيئتها فخالفت فى العدد وهذه حكمها أنها إن خالفت إلى أقل كأن قال لها طلق نفسك ثلاثا إن شئت فطلقت نفسها واحدة أو ثنتين فلا يقع شيء باتفاق الحنفية لأن مشيئة الثلاث شرط لوقوع الطلاق فإذا خالفت تخلف الشرط فلا يقع الطلاق . وإن خالفت

إلى أكثر كما إذا قال لها طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت نفسها ثنتين أو ثلاثا لا يقع شيء عند أبي حنيفة لأن مشيئة الثنتين أو الثلاث ليست مشيئة للواحدة فلم يوجد الشرط حتى يقع الطلاق ، وقال أبو يوسف ومحمد تقع واحدة ، لأن مشيئة الثنتين أو الثلاث مشيئة للواحدة كما أن إيقاعها إيقاع للواحدة فكان الشرط متحققا فتقع الواحدة .

الصورة الرابعة — إن كان التفويض مقيداً بمشيئتها فخالفت في الوصف كأن قال لها طلقي نفسك بائنا إن شئت فطلقت رجعياً أو بالعكس فلا يقع شيء باتفاق الحنفية لأن الزوج علق الطلاق على مشيئتها وصفاً معيناً فإن خالفت تخلف الشرط فلا يقع الطلاق ، إذ المعنى إن شئت الطلاق البائن فأوقعيه . أو إن شئت الرجعي فأوقعيه .

أما الجعفرية فيقولون المخالفة في العدد لا تبطل الجواب سواء خالفت بأكثر أم بأقل فلو فوض لها تطليقة واحدة فطلقت ثلاثا أو اثنتين وقعت واحدة ولو فوض لها تطليقتين أو ثلاثا فطلقت واحدة وقعت واحدة أيضا . أما المخالفة في الوصف فإنها تبطل الجواب فلا يقع الطلاق على أية حال .

هذا هو حكم التفويض عند الحنفية والجعفرية ، وهو ما يجرى عليه العمل إلى اليوم في العراق . أما في مصر فيجري العمل على أنه لا يقع بالتفويض إلا طلقة واحدة رجعية إلا إذا كان قبل الدخول أو كان في نظير عوض أو كان مكملا للثلاث ، مع اشتراط نية الطلاق في ألفاظ الكناية . كما يجرى العمل أيضا على أن تفويض إيقاع الثلاث دفعة واحدة لا يقع إلا واحدة رجعية لأن الزوج بحكم القانون المعمول به الآن لا يملك أن يطلق ثلاثا دفعة واحدة، وما لا يملكه لا يستطيع أن يملكه لغيره .

الفصل التاسع

فى طلاق المريض مرض الموت

(١) تعريف مرض الموت (٢) حكم الطلاق فيه

تعريف مرض الموت :—

مرض الموت هو المرض الذى يشتد بصاحبه حتى يغلب على الظن موته به ، ويستمر معه إلى الموت سواء أمات بسببه أم مات بسبب آخر . .

وقد ذكر الفقها له إمارات اختلفوا فيها ، فقيل هو ما ألزم صاحبه الفراش ، وقيل هو ما أعجزه عن المشى إلا معتمداً على غيره ، وقيل هو ما يقعد بصاحبه عن مباشرة مصالحه خارج البيت إن كان رجلا وداخل البيت إن كان امرأة ، وقيل غير ذلك . . والأولى — وقد تقدم الطب وعرفت الأمراض ونتائجها — أن يترك تقدير ذلك إلى الأطباء فهم أهل الرأى فيه .

وقد ألحق الحنفية بالمريض مرض الموت فى الحكم كل من كان فى حالة يغلب على الظن هلاكه فيها واتصل الموت بها ، كمن قدم لتنفيذ حكم الإعدام فيه ، ومن نازل عدوه للمبارزة ، ومن كان فى سفينة أشرفت على الغرق . أما الجعفرية فلا يلحقون واحداً من هؤلاء بمن هو مريض مرض الموت .

٢ — حكم الطلاق فى مرض الموت : —

وطلاق المريض مرض الموت ومن فى حكمه واقع باتفاق ما دام المريض أهلا لإيقاع الطلاق ، ولا فرق بين طلاقه وطلاق الصحيح من ناحية الآثار المترتبة عليه إلا فى حالة واحدة ، وهى حالة كون الطلاق الواقع فى مرض

الموت بائنا وكان المقصود منه ظاهراً حرمان الزوجة من أن ترث زوجها ، وهذه الحالة تعرف عند الفقهاء بطلاق الفار ، لأنه يفر به من ميراث زوجته له.

وعلى هذا فإذا أوقع المريض مرض الموت طلاق زوجته فإما أن يوقعه رجعيا ، وإما أن يوقعه بائنا ، فإن أوقعه رجعيا فالزوجية باقية ما بقيت العدة فأى الزوجين مات أثناء قيامها ورثه الآخر اتفاقا ، وبعد انقضاء العدة لايرث أحدهما صاحبه لزوال الزوجية التى هى سبب التوارث بزوال العدة . كما هو الشأن فى طلاق الصحيح .

وإن أوقع المريض مرض الموت طلاق زوجته بائنا بينونة صغرى أو كبرى فماتت هى قبله فلا يرثها على أية حال ولو كان موتها أثناء عدتها ، لأنه بمجرد وقوع الطلاق البائن تزول الزوجية فلا يبقى للميراث سبب كما هو الشأن فى طلاق الصحيح :

أما إن أوقع الطلاق بائنا فمات هو قبلها بعد ما أبانها ، فإن كان موته بعد انقضاء عدتها فلا ترثه بحال لزوال الزوجية بكل آثارها . وإن كان موته حال قيام عدتها ، فكان الظاهر أنها لا ترثه أيضاً لزوال الزوجية بالطلاق ولكن الشارع جعل لها فى هذه الحالة حق الميراث إن اتضح أنه فار بهذا الطلاق من ميراثها له ، معاملة له بنقيض مقصوده (١) ،

وقال الجعفرية إذا طلقت الزوجة طلاق الفار بقى حقها فى الميراث ما بين الطلاق إلى سنة كاملة إذا لم تتزوج بعد العدة واستمرت أهليتها للإرث من

---

(١) وإنما حكم لها بالميراث إن مات وهى فى العدة ، ولم يحكم لها به إن مات بعدها ، لأنها فى أثناء العدة زوجيتها باقية إلى حد ما ببقاء بعض آثارها فيمكن بناء إرثها على ذلك ، أما بعد انقضاء العدة فتكون زوجيتها قد زالت بكل آثارها فلم يكن من سبيل إلى بناء إرثها على سبب . ثم إنها لو ورثت بعد العدة للزم أن ترث فى بعض الأحوال من زوجين فى وقت واحد وهى لا تكون زوجة لاثنين شرعاً .

وقت الطلاق إلى موت الزوج فإن تزوجت بعد العدة ثم مات زوجها فلا حق لها فى الميراث ، وإن لم تتزوج ومات بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق ولو بلحظة سقط حقها فى الميراث أيضاً .

هذا ، ومادام الفرار هو مناط الحكم بميراث المبانة من زوجها ما دامت فى العدة فلابد من ذكر الشروط التى يجب توفرها حتى يعتبر الزوج فاراً ، وإليك بيانها :

١ — أن يكون الطلاق بائنا لأنه هو الذى يقطع الزوجية التى هى سببه الميراث ، أما الرجعى فلا يقطع الزوجية ، ولهذا لا يكون الزوج به فاراً وترثه زوجته إن مات وهى فى العدة كما تقدم . وقد عرفت فيما تقدم أن المبانة قبل الدخول لا ترث زوجها على أية حال لأنه لا عدة عليها ، وحيث لا عدة فلا أثر للزوجية مطلقاً حتى ترث .

٢ — ألا يكون الطلاق بناء على طلبها ورضاها : فإن كان بطلبها ورضاها لا يكون الزوج فاراً به . وإن أكرهت على طلب الطلاق فأبانها ، أو طلبته منه طلاقاً رجعياً فأبانها كان فاراً ولها الميراث إن مات وهى فى العدة ، وكذا لو قالت له طلقنى فأبانها لأن الطلاق عند إطلاقه عن الوصف ينصرف إلى الرجعى لا غير . وقال الجعفرية لو سألته طلاقا رجعياً فأبانها لا يكون فاراً ولا ترثه بعد موته لأنها أسقطت حقها بطلب الطلاق وإن خالفه (١) .

٣ — ألا يكون الزوج مكرها على إيقاع الطلاق لأنه مع الإكراه لا يتحقق قصد الفرار ، وهذا على رأى من يقول بوقوع طلاق المكره .

٤ — أن تكون الزوجة أهلا للميراث من زوجها من وقت طلاقها إلى وقت موته ، فإن كانت ليست أهلا للميراث عند الطلاق كأن كانت كتابية

(١) الأحكام الجعفرية ص ٦٩ .

وهو مسلم لا ترثه حتى ولو أسلمت بعد الطلاق وهى فى العدة، لأنه حين طلقها لم تكن أهلا للميراث حتى يقال إنه فار وإن كانت أهلا للميراث وقت الطلاق فارتدت سقط حقها فيه ، فإن عادت إلى الإسلام قبل موته ثم مات فى العدة لا ترثه أيضاً لأن حقها فى الميراث سقط بردتها ولا يعود بإسلامها لأن الساقط لا يعود .

هذا ، وكما يكون الزوج فارا بالطلاق تكون الزوجة - عند الحنفية - فارة أيضاً من ميراث زوجها لها إذا حدث منها - بغير رضا الزوج وباختيارها فى مرض موتها أو ما ألحق به مايوجب الفرقة بينها وبين زوجها كأن ارتدت أو اختارت نفسها بخيار البلوغ أو الإفاقة ، أو أرضعت ضرتها الصغيرة ، أو اتصلت بأحد أصول الزوج أو فروعه اتصالا يوجب حرمة المصاهرة ، ويرثها زوجها إن ماتت فى عدتها لأنها قصدت حرمانه من الميراث فتعامل بنقيض مقصودها ، وإن مات هو أثناء عدتها فلا ترثه لأنها أسقطت حقها بفسخ الزوجية التى هى سبب الميراث بين الزوجين . أما الجعفرية فيرون أن الزوجة لو باشرت سبب الفرقة غير الرجعية وهى مريضة مرض الموت فإن زوجها لا يرثها بعد موتها وإنما يرثها فقط فى فرقة الطلاق الرجعى .

الباب الثانى
فى الخلع

(١) تعريفه (٢) دليل مشروعيته (٣) ركنه (٤) شروطه (٥) حقيقته (٦) الفرق بينه وبين الطلاق على مال (٧) أحوال عبارة الخلع (٨) ما يصح أن يكون بدلا فيه (٩) حكم أخذ البدل (١٠) أحكام الخلع (١١) خلع المحجور عليها (١٢) خلع المريضة (١٣) خلع الأجنبى :

١ — تعريف الخلع :ـ

الخلع هو إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما فى معناه ، مقابل عوض تلتزم به الزوجة، وذلك كأن يقول الزوج لزوجته : خالعتك أو بارأتك على مائة دينار فتقول له : قبلت ، أو يقول لها : خالعتك أو بارأتك على مهرك أو على المؤخر منه فتقول له : قبلت، ولا فرق بين أن يكون الإيجاب من جانب الزوج والقبول من جانب الزوجة أو العكس .

٢ — دليل مشروعية الخلع :ـ

والدليل على شرعية الخلع قوله تعالى (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) فقد أباحت الآية للزوجة أن تفتدى نفسها بمال تعطيه للزوج ، وأباحت للزوج قبوله، وذلك إن خافا عدم القيام بحقوق الزوجية على نحو ماشرع الله .

وأيضاً ما رواه البخارى وغيره عن ابن عباس : أن امرأة ثابت بن قيس

أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، ثابت بن قيس ما أعتب عليه فى خلق ولا دين، ولكنى أكره الكفر فى الإسلام — تريد كفر العشير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة .

والإجماع منعقد على جواز الخلع لم يخالف فيه إلا من لا يعتد بخلافه .

٣ — ركنه :ـ

وركن الخلع الإيجاب والقبول ، لأنه عقد على طلاق يصدره الزوج مقابل بدل تلتزمه الزوجة ، فلا يقع الطلاق ولا يلزم البدل إلا بقبولها ، كما هو الشأن فى عقود المعاوضات .

٤ — شروطه :ـ

ولا بد لصحة الخلع من توفر الشروط الآتية :

١ — أن يكون الزوج المخالع أهلا لإيقاع الطلاق ، وأن تكون المرأة المخالعة محلا له .

٢ — البدل من جانب الزوجة ، فإن كان بلا بدل كان طلاقاً لا خلعاً .

٣ — أن تكون الزوجة عند التزامها بدل الخلع من أهل التبرعات ، لأن بذل البدل تبرع فلابد من أن تكون أهلا له ، فإن لم تكن أهلا لذلك كأن كانت صغيرة أو سفيهة وقع بخلعها طلاق ولا يجب عليها ما التزمت به من البدل ، كما سيأتى .

٤ — أن تكون الزوجة راضية غير مكرهة ولا جاهلة بمعنى الصيغة ، فإن أكرهت على القبول أو لقنت صيغة الخلع فنطقت بها وهى لا تعرفه

معناها لا يصح الخلع باتفاق الحنفية والجعفرية (١)

٥ — أن تكون الصيغة بلفظ الخلع أو ما فى معناه كالإبراء والافتداء ، فإن كانت الصيغة على غير ذلك كان قالت الزوجة لزوجها طلقنى على مائة دينار فطلقها على ذلك كان طلاقا بائنا لا خلعا وستعرف الفرق بين الاثنين .

٦ — ويشترط الجعفرية لصحة الخلع والمبارأة فوق ما تقدم حضور شاهدين ، وتجريدها عن الشرط كما هو الشأن فى الطلاق عندهم ، ولا بأس بشرط يقتضيه العقد كما لو شرط الرجوع إن رجعت .

٧ — ويشترط الجعفرية أيضاً أن يكون الخلع والمبارأة عند وجود الكراهة من الزوجين معا ، أو من الزوجة خاصة ، وبعض الجعفرية يشترط فى الخلع أن تكون الكراهة من الزوجة خاصة ، وفى المبارأة أن تكون الكراهة من الزوجين معا .

٨ — أكثر الجعفرية اتباع المبارأة بلفظ الطلاق ، واختلفوا فى الخلع فمنهم من اشترط إتباعه بلفظ الطلاق ومنهم من لم يشترط ذلك .(٢)

٥ — حقيقة الخلع :ـ

وحقيقة الخلع ـ كما تقدم ـ أنه عقد على طلاق فى نظير بدل ، فهو كسائر

(١) فى فرق الزواج للشيخ على الخفيف ص ١٥٦ أنه إذا أكرهت الزوجة على قبول الخلع وقع به طلاق ولا يلزمها البدل ، وفى الأحكام الشرعية للمرحوم الشيخ الإبيانى ج ١ ص ٢٩٦ أن الزوجة لو لقنت صيغة الخلع بلغة لا تعرفها فنطقت بها لا يقع الطلاق ولا يلزمها المال .

(٢) انظر الأحكام الجعفرية ص ٧٢ ، والمختصر النافع ص ٢٢٧ - ٢٢٨ ، وسيتضح لك ـ على ما هو الظاهر ـ أن الخلع والمبارأة حقيقتان مختلفتان لكل شروطها وأحكامها .

العقود يتم بالإيجاب والقبول ، غير أن طبيعة هذا العقد أو التكييف الفقهى له هو أنه عقد ذو اعتبارين مختلفين بالنسبة للزوج والزوجة ، فهو بالنسبة للزوج يعتبر يمينا ، لأنه تعليق الطلاق على شرط ، وبالنسبة للزوجة يعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع لأنها تبذل ما تبذل لا فى مقابلة مال ولا فى مقابلة منفعة متقومة (١) ولهذا يأخذ الخلع أحكام اليمين أو بعبارة أخرى أحكام التعليق بالنسبة لجانب الزوج ، ويأخذ أحكام المعاوضات بالنسبة لجانب الزوجة .

ويتفرع على اعتبار الخلع يميناً من جانب الزوج ما يأتى :

أولا — إذا صدر الإيجاب فى الخلع من جانب الزوج فليس له أن يرجع فيه قبل قبول الزوجة لأنه طلاق معلق والمعلق كالمنجز لايصح الرجوع فيه ، ولو كان معاوضة بالنسبة للرجل لصح رجوعه عن الإيجاب قبل قبول الزوجة كما هو الشأن فى المعاوضات .

ثانيا — لايبطل الإيجاب الصادر من الزوج بقيامه من المجلس . وإنما يبطل بقيام الزوجة دن المجلس قبل موافقتها أو باشتغالها فى المجلس بما يدل على الإعراض منها ، ولو كان الخلع معاوضة من جانب الزوج لبطل بقيامه بعد الإيجاب وقبل القبول .

---

(١) ذكر صاحب الهداية : أن البضع متقوم حالة الدخول لا حالة الخروج وعلل ذلك بأن البضع شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض إظهارا لشرفه ، أما الإسقاط فنفسه شرف (للتخلص من المملوكية) فلا حاجة إلى إيجاب المال - دفعا وقد جرينا على مذهب أبى حنيفة فى اعتباره الخلع يمينا من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة لأنه هو الراجح ، وقد ذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن الخلع يمين من الجانبين .

ثالثا — يجوز للزوج أن يعلق الخلع على شرط أو يضيفه إلى زمن مستقبل ، ولو كان معاوضة من جانبه لما صح لأن عقود التمليك لا تكون إلا منجزة .

رابعا — لايجوز للزوج اشتراط الخيار لنفسه ، لأن الخلع إسقاط والإسقاطات لا يدخلها الخيار ، ولو كان معاوضة من جانبه لصح خيار الشرط لأنه يدخل عقود التمليك .

ويتفرع على اعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة ما يأتى :

أولا ـ إذا صدر الإيجاب فى الخلع من جانب الزوجة كان لها أن ترجع فيه قبل قبول الزوج كما هو الشأن فى سائر المعاوضات .

ثانيا ـ يبطل الإيجاب الصادر منها بقيامها من المجلس أو بقيام الزوج قبل القبول ، لأن عقود المعاوضات تبطل بتفرق المجلس .

ثالثا ـ لايجوز للزوجة أن تعلق الخلع على شرط أو تضيفه إلى زمن مستقبل ، لما علمته من أن عقود التمليك لا تكون إلا منجزة .

رابعا ـ يجوز للزوجة أن تشترط الخيار لنفسها ، فلو قال لها : خالعتك على مائة دينار ، فقالت له : قبلت على أن يكون لى الخيار ثلاثة أيام صح وكان لها أن ترفض الخلع فى مدة الخيار فلا يقع طلاق ولا تلزمها المائة ، ولها أن تقبله فيقع الطلاق وتلزمها المائة ، وكذا يقع الطلاق وتلزم المائة إذا مضت مدة الخيار ولم ترد برفض أو قبول (١) .

---

(١) جواز اشتراط الخيار للزوجه بناء على ماذهب إليه أبو حنيفة من أن الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانبها ، أما ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد من أنه معاوضة من الجانبين فلا يجوز للمرأة أن تشترط الخيار لنفسها كما أنه لا يجوز للرجل ، وهذه هى ثمرة الخلاف بين الإمام وصاحبيه فى حقيقة الخلع .

ويتفرع على أن بذل البدل من جانب الزوجة فيه معنى التبرع ، أنه لابد من أن تكون من أهل التبرعات وذلك بأن تكون بالغة عاقلة غير محجور عليها لسفه أو غيره ، وسيأتى توضيح ذلك .

هذه هى حقيقة الخلع عند الحنفية . أما الجعفرية فحقيقة الخلع عندهم هى إزالة قيد النكاح بفدية مع الكراهة من الزوجين أو من الزوجة خاصة ، فهو والمبارأة بمعنى واحد إلا أن المبارأة يشترط فيها أن تتبع بالطلاق عند جمهور الجعفرية ، أما الخلع فالراجح أنه لايشترط اتباعه بالطلاق . ومن الجعفرية من خص اسم الخلع بإزالة قيد النكاح بفدية مع الكراهة منها ، وخص اسم المبارأة بإزالة قيد النكاح بفدية مع الكراهة منهما فهما حقيقتان تشتركان فى جميع الأحكام إلا أنه فى المبارأة لا يجوز له أن يأخذ منها أكثر مما ساقه إليها وفى الخلع يجوز .

ولايصح عند الجعفرية أن يرجع الزوج عن الإيجاب فى الخلع والمبارأة قبل قبول الزوجة ، ولا يبطل بقيامه من المجلس قبل قبولها . ويبطل الخلع والمبارأة بقيامها عن المجلس أو إعراضها عن القبول وإذا بطل لايترتب عليه شىء إلا إذا كانت الصيغة مردفة بالطلاق فإنه يقع الطلاق ولا يلزم البدل(١) .

وإذا أوجبت الزوجة الخلع ابتداء كان لها حق الرجوع عنه قبل صدور القبول من الزوج . كما أن لها أن ترجع فى البدل ما دامت فى العدة ، فإن رجعت رجع الزوج فى العدة أيضاً إن شاء مالم يكن هناك مانع من رجوعه كزواجه من أختها أو من رابعة غيرها، وامتناع رجوع الزوج لنحو زواجه من أختها لايمنعها هى من الرجوع فى البدل مادامت العدة باقية .

ثم إن اختيار الزوج الرجوع بناء على رجوعها فى البدل عادت له كما

---

(١) الأحكام الجعفرية ص ٧٢ مادة ٢٧٩ .

كانت ، وإن اختار عدم الرجوع بعد ما رجعت قيل يستمر الطلاق بائنا كما وقع ، وقيل بل يصير رجعياً لسقوط البدل .

ولا يجوز عند الجعفرية إضافة الخلع أو المبارأة إلى زمن مستقبل ولا تعليقهما على شرط إلا شرطاً يقتضيه العقد ، لأن الخلع والمبارأة طلاق والطلاق عندهم ـ كما علمت ـ لا يكون إلا منجزاً .

٦ ــ الفرق بين الخلع والطلاق على مال :

لافرق ـ عند الحنفية والجعفرية ـ بين الخلع والمبارأة والطلاق على مال من ناحية أنه يقع بكل منها طلاق بائن دون توقف على القضاء .

ولكن يفارق الخلع الطلاق على مال فيما يلى :

أولا ـ إذا تم الخلع سقط به كل حق ثابت لأحد الزوجين قبل الآخر وقت الخلع بسبب الزواج الذى وقع الخلع منه عند أبى حنيفة بخلاف الطلاق على مال حيث لا يسقط به شيء من حقوق الزوجية اتفاقا إلا إذا نص عليه .

أما الجعفرية فلا يسقط عندهم شيء من حقوق الزوجية لا بالخلع ولا بالمبارأة ولا بالطلاق على مال إلا مع النص .

ثانياً ـ لو بطل البدل فى الخلع كما لو خالعها على خمر أو خنزير وقع الطلاق بائناً لأن لفظ الخلع أو المبارأة من الكنايات التى يقع بها الطلاق بائناً عند الحنفية بخلاف ما لو بطل البدل فى الطلاق فإنه يكون رجعياً وإن كان بصريح لفظ الطلاق .

أما الجعفرية فيرون أن بطلان البدل يلزمه بطلان الخلع والمبارأة فلا يقع بهما طلاق إلا إذا اتبعا بالطلاق فإنه حينئذ يقع رجعياً كما هو الشأن لو بطل البدل فى الطلاق على مال .

٧ ـ أحوال عبارة الخلع وما يترتب على كل منها :

عبارة الخلع تارة تكون على صيغة المفاعلة، كأن يقول الزوج لزوجته: خالعتك .

وتارة تكون على صيغة الأمر ، كأن يقول لها : اخلعي نفسك .

وتارة تكون على صيغة الماضي ، كأن يقول لها : خلعتك .

فهذه حالات ثلاث ، كل حالة منها تارة تكون مقرونة بذكر البدل ، وتارة تكون مجردة عن ذكره ، فهذه ست حالات ، لكل حالة حكمها .

الحالة الأولى ـ إذا كانت عبارة الخلع على صيغة المفاعلة وكانت مقرونة بذكر البدل توقف الخلع على قبول الزوجة ، فإذا قبلت بانت من زوجها ولزمها البدل المذكور .

الحالة الثانية ـ إذا كانت عبارة الخلع على صيغة المفاعلة وكانت مجردة عن ذكر البدل توقف الخلع على قبولها ، فإذا قبلت بانت وانصرف البدل إلى مهرها (١) .

الحالة الثالثة ـ إذا كانت عبارة الخلع على صيغة الأمر وكانت مقرونة بذكر البدل توقف الخلع على قبولها، فإذا قبلت بانت ولزمها البدل المذكور .

الحالة الرابعة ـ إذا كانت عبارة الخلع على صيغة الأمر وكانت مجردة عن ذكر البدل توقف الخلع على قبولها ، فإذا قبلت بانت وانصرف البدل إلى مهرها .

الحالة الخامسة ـ إذا كانت عبارة الخلع على صيغة الماضي وكانت مقرونة

---

(١) فيسقط عن الزوج إن لم يكن ساقه إليها ويلزمها رده إليه إن كان قد ساقه ـ انظر فتح القدير جـ ٣ ص ٢٢٢ .

بذكر البدل توقف الخلع على قبولها ، فإذا قبلت بانت ولزمها البدل المذكور.

الحالة السادسة — إذا كانت عبارة الخلع على صيغة الماضي وكانت مجردة عن ذكر البدل بانت من زوجها بمجرد نطقه بعبارة الخلع دون توقف على رضاها ولا يلزمها بدل ما ، لأنه ليس خلعاً حقيقياً ، وإنما هو طلاق بائن بلفظ من ألفاظ الكناية .

هذا إذا صدرت عبارة الإيجاب من الزوج ، فإن صدرت من الزوجة فالحكم هو الحكم فى الحالات الست إلا أنه فى الحالة الأخيرة لابد من موافقة الزوج أيضاً لأنه هو الذى يملك الطلاق فلا بد من موافقته عليه حتى يكون هو المسقط لما يملك .

٨ — ما يصح أن يكون بدلا من الخلع :

وكل ما يصح أن يكون مهراً صح أن يكون بدلا من الخلع دون حد لأقله أو أكثره ، فيجوز أن يكون بدل الخلع من النقدين ، ويجوز أن يكون عقاراً ، ويجوز أن يكون منقولا ، ويجوز أن يكون دينا فى ذمة الزوج لزوجته ، ويجوز أن يكون منفعة مقابلة بمال ، كما يجوز أن تخالع الزوجة زوجها على أن تقوم بإرضاع ولدها منه مدة الرضاعة المقررة شرعا بغير أجرة أو على أن تقوم بحضانته مدة الحضانة المقررة شرعا دون أن تتقاضى منه نفقة الحضانة . فإن وفت بما التزمت فيها ، وإن امتنعت عن الوفاء بما التزمت أو عجزت عنه أو مات الطفل قبل نهاية مدة الرضاع أو الحضانة رجع الزوج عليها بعوض مالم تقم به .

ولا يصح أن يكون بدل الخلع شيئاً غير متقوم كما لا يصح أن يكون مجهولا جهالة فاحشة ومع الجهالة الفاحشة يبطل الخلع عند الجعفرية ، ويصح عند الحنفية ، وينصرف البدل إلى مهرها .

وإذا كان بدل الخلع متضمناً عدواناً على حق الشرع أو على حق الغير وجب البدل فى حدود المشروع وسقط فيما عداه ، فمن خالع زوجته على ألا نفقة لها ولا سكنى ، صح البدل فى خصوص النفقة ، ولا تسقط السكنى لأنها حق الشرع ، خلافا للجعفرية فإنهم يسقطون السكنى أيضاً بناء على ما ذهبوا إليه من أن المبانة تقيم حيث شاءت ولا يلزمها قضاء العدة فى بيت الزوج [١] .

ومن خالع زوجته على أن تبقى حضانتها للصغير إلى وقت بلوغه، صح البدل إلى آخر مدة الحضانة المقررة شرعا وبعد ذلك لا يكون للزوجة حق فى حضانة الصغير لأنه يحتاج إلى من يعوده عادات الرجال وأخلاقهم،ولو بقى فى حضانة أمه إلى البلوغ لتعود عادات النساء ، وهذا ضرر بالطفل وعدوان عليه يجب حمايته منه شرعا .

٩ ـــ حكم أخذ البدل :

وإذا دب الشقاق ، وتعذر الوفاق بين الزوجين ، وخافا ألا يقيما حدود الله ، ولم يكن بد من أن تبذل الزوجة لزوجها ما تفتدى به نفسها فهل للزوج حق فى أن يأخذ هذا المال الذى تبذله الزوجة فى نظير خلاصها منه ؟ .

نعم للزوج قضاء الحق فى هذا المال قل أو كثر مادام قد تم الاتفاق عليه والتزمت به الزوجة بشرط أن تكون من أهل الالتزام،سواء أكانت الفرقة بسبب منه ، أم بسبب منها ، أم بسبب منهما معاً .

أما من ناحية الديانة ، فإن كان الزوج هو الكاره لزوجته والراغب فى

---

(١) سبق أن قلنا عند الكلام عن نفقة العدة أن المخالعة ـــ عند الجعفرية ـــ لاتستحق النفقة بأنواعها الثلاثة إلا إذا كانت حاملا ، وعلى هذا فلا يتصور الخلع على النفقة إلا بالنسبة للحامل .

الخلاص منها فلا يحل له شرعا أن يأخذ منهما شيئا ، لأن الله يقول (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا). فالآية صريحة فى أن الذى يطلق زوجته لغرض الزواج من أخرى لا يحل له أن يسترد شيئا من مهرها ، وإن فعل ذلك كان ظالما آثما ، ولأنه - كما يقول صاحب الهداية - (أوحشها بالاستبدال فلا يزيد فى وحشتها بأخذ المال) .

وإن كان كل من الزوجين كارهاً لصاحبه وكانت الفرقة برغبتهما معاً ، أو كانت الزوجة هى الكارهة والفرقة برغبة منها وحدها، فيحل للزوج شرعا أن يأخذ البدل ، لأن الله يقول (. . فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) . . ولكن لا يحل له أن يأخذ منها أكثر مما بذل لها من المهر ، يشهد لهذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، فقال لثابت ، اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فالرسول عليه الصلاة والسلام رد لثابت المهر وهو الحديقة وما زاده عليها شيئا ، وجاء فى بعض روايات الحديث : أتردين عليه حديقته التى أعطاك ؟ قالت : نعم وزيادة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة من مالك فلا ولكن حديقته ، قالت : نعم ، فأخذها وخلى سبيلها ، وفى رواية أخرى أنه أمره أن يأخذ حديقته ولا يزداد (١) .

وعند الجعفرية ، إذا كانت الحال عامرة ، والأخلاق ملتئمة ، أو كانت الكراهة من الزوج خاصة فبذلت له شيئاً ليخلعها لا يصح الخلع ولا يحل له أخذ العوض .

---

(١) انظر فتح القدير حـ ٣ ص ٢٠٣ - ٢٠٤ .

وعند تباين الأخلاق ووقوع النزاع بين الزوجين يجوز للزوج أن يخالع زوجته على بدل أكثر مما ساقه إليها إن كانت الكراهة منها خاصة. وإن كانت الكراهة منهما معاً فلا يجوز له أن يأخذ أكثر مما أعطى وفى المبارأة لا يجوز له مطلقاً أن يأخذ أكثر مما ساقه إليها، لأن المبارأة تترتب على كراهية كل من الزوجين لصاحبه (١).

١٠ — أحكام الخلع :

إذا تم الاتفاق على الخلع ترتبت عليه الأحكام الآتية :

١ — يقع به طلاق بائن باتفاق الحنفية والجعفرية ونقل عن بعض الجعفرية أنه إذا لم يتبع بالطلاق يكون فسخاً.

٢ — يجب على الزوجة أن تؤدى لزوجها البدل المتفق عليه لأنها التزمته نظير خلاصها من زوجها.

٣ — يسقط به كل حق ثابت وقت الخلع لكل من الزوجين قبل الآخر من الحقوق المتعلقة بالزواج الذى وقع الخلع منه، فيسقط به عن الزوج مؤجل مهر الزوجة، ومتجمد نفقتها، ويسقط به عن الزوجة ما أخذت من مهر لم تستحقه كاملا كما لو سلمها كل المهر، ثم خالعها قبل الدخول، ويسقط عنها أيضاً ما عجل لها من نفقة لم تمض مدتها.

ولا تسقط به نفقة العدة لأنها لم تكن ثابتة وقت الخلع، ولا ما لأحدهما من حقوق على الآخر لا صلة لها بالزوجية التى وقع الخلع منها، كمؤخر مهر من زواج سابق، وأجرة دار، ودين قرض، ولا تسقط به نفقة حضانة الطفل ولا أجرة إرضاعه لأن ذلك حق الطفل لا حق الزوجة.

---

(١) انظر المختصر النافع ص ٢٢٧-٢٢٨ والأحكام الجعفرية ص ٧١-٧٢ .

هذا هو مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه ، ولا فرق عنده فى إسقاط الحقوق الزوجية بين لفظ الخلع ولفظ المبارأة لأن كلا منهما يدل على الخلاص الكلى من الزوجية وما يتعلق بها .

وذهب محمد بن الحسن والجعفرية إلى أنه لا يسقط بالخلع والمبارأة سوى ماوقع الاتفاق عليه بين الزوجين ، لأن الحقوق الثابتة لا تسقط إلا بما يدل على إسقاطها صراحة ولفظ الخلع والمبارأة ليسا صريحين فى معنى الإسقاط .

وذهب أبو يوسف إلى أنه يسقط بالخلع ما اتفقا على سقوطه فقط ، ويسقط بالمبارأة جميع الحقوق الثابتة وقت الخلع بسبب الزوجية التى تخالعا منها لأن لفظ الخلع لايدل صراحة على إسقاط ماثبت من الحقوق ، ولفظ المبارأة صريح فى أن كلا من الزوجين أبرأ صاحبه عما له عليه من حقوق الزوجية .

١١ — خلع المحجور عليها :

ونعنى بالمحجور عليها فاقدة الأهلية كالمجنونة والصغيرة غير المميزة ، وناقصة الأهلية كالصغيرة المميزة والسفيهة التى تتصرف فى مالها على غير مقتضى العقل (١)

والمحجور عليها إما أن تتولى الخلع بنفسها وإما أن يتولاه عنها وليها ، فإن تولته بنفسها فإما أن تكون فاقدة الأهلية ، وإما أن تكون ناقصتها ، فإن كانت فاقدة الأهلية فالخلع باطل لايقع به طلاق ولا يثبت به بدل، لأن الخلع تعليق الطلاق على قبولها البدل ، وقبولها لغو لايعتد به ولا يترتب عليه أثر .

---

(١) المحجور عليها للدين خلعها صحيح باتفاق لأنها من أهل الالتزام ولكن يؤخذ البدل من المال المحجور عليه لحق الغرماء إلا إن أجازوه .

وإن كانت ناقصة الأهلية وقع بالخلع طلاق بائن ولا يثبت البدل ، أما إن الطلاق يقع فلأنه علقه على قبولها ، وقبولها بالنسبة لوقوع الطلاق معتبر شرعا لأنها مميزة تفهم الخلع وتدرك أثره ، وأما إن الطلاق يكون بائنا فلأن لفظ الخلع من الكنايات التى تدل على الانفصال التام ، وألفاظ الكنايات التى بهذا المعنى يقع بها عند الحنفية طلاق بائن (١) ، وأما إن البدل لا يثبت فلأنه من قبيل التبرعات وناقص الأهلية لا يملك التبرع لأنه ضرر محض .

وعند الجعفرية لا يصح الخلع فى كل ما تقدم لأن القبول من أركان الخلع ولم يتحقق من فاقدة الأهلية، والبدل شرط صحة ولم يثبت لعدم جواز التبرع من ناقص الأهلية ، نعم إن اتبع الخلع بلفظ الطلاق عندهم وقع به طلاق رجعى بالنسبة للمدخول بها وبائن بالنسبة لغير المدخول بها (٢) .

وإن تولى الخلع ولى المحجور عليها فإما أن يخالع على أن يكون البدل من ماله ، وإما أن يخالع على أن يكون البدل من مالها ، فإن خالع على أن يكون البدل من ماله وقع الطلاق بائنا ولزمه البدل من ماله ، ولا يلزم الزوجة شىء مطلقاً . وإن خالع على أن يكون البدل من مال الزوجة وقع الطلاق بائناً لأنه معلق على قبول الولى وقد وجد ولكن لا يلزم البدل لا فى ماله لأنه ما التزم ذلك ولا فى مال الزوجة لأن البدل تبرع والولى لا يملك التبرع بمال من فى ولايته ، وقيل لا يقع الطلاق فى هذه الحالة ولا يلزم البدل لأن الشرط ليس هو مجرد القبول بل هو مقيد بالتزام البدل ممن هو أهل للالتزام فإذا لم يصح الالتزام لم يوجد المعلق عليه فلا يقع الطلاق ، والرأى الأول هو المفتى به فى مذهب الحنفية .

---

(١) والذى عليه العمل الآن فى مصر أن الطلاق يقع رجعيا حيث لا بدل .
(٢) انظر الأحكام الجعفرية ص ٧١ مادة ٢٧٥ .

وقال الجعفرية لو تولى الخلع ولى المحجور عليهما على بدل يدفعه من مالها وقع الطلاق بائنا ولزمها البدل بشرط كراهتها لزوجها وحصول منفعة لها بالخلع ، كما يصح الخلع ويقع الطلاق ويلزمه البدل لو التزم أداءه من ماله (١) .

١٢ ـ خلع المريضة مرض الموت :

خلع المريضة مرض الموت صحيح يقع به الطلاق البائن ويثبت به البدل إلا أنه لا ينفذ إلا من ثلث مالها لأنه تبرع والتبرع فى مرض الموت وصية .

ثم إن البدل المذكور فى الخلع لا يكون هو الواجب فى كل حال ، بل إن ماتت الزوجة وهى فى عدتها فليس للزوج ـ عند الحنفية ـ سوى الأقل من أمور ثلاثة : بدل الخلع ، وثلث التركة ، ونصيبه فى الميراث ، وذلك لأنه يحتمل أن يكون الزوجان قد اتفقا على الخلع فى مرض الموت ليحصل الزوج على أكثر من نصيبه فى الميراث فعاملة الزوجين بنقيض مقصودهما كان للزوج الأقل من الأمور الثلاثة المذكورة .

وإن ماتت الزوجة بعد انتهاء عدتها أو كان الخلع قبل الدخول حيث لا عدة للزوج الأقل من الأمرين : بدل الخلع وثلث التركة ، ولا يلتفت إلى نصيبه فى الميراث هنا لأنه بعد العدة ، أو حيث لا تكون عدة ، لا يمكن اعتبار الزوج وارثا بحال ما .

أما الجعفرية فيرون أن خلع المريضة مرض الموت يقع به الطلاق البائن ويثبت به الأقل من الأمرين : بدل الخلع وثلث التركة ولو زاد عن نصيبه

(١) انظر الأحكام الجعفرية ص ٧٤ مادة ٢٩٠ .

الزوج فى الميراث ، سواء أماتت الزوجة فى عدتها أم بعدها ، وهذا مبنى على ما يرونه من صحة الوصية للوارث (١) .

هذا ، وإن برئت الزوجة من مرضها الذى وقع الخلع فيه لزمها جميع البدل ولو زاد عن ثلث مالها باتفاق ، لأنه ظهر أنها لم تكن مريضة مرض الموت ، فكان تصرفها وتصرف الصحيح سواء .

١٣ ـ خلع الأجنبي :

إذا تولى الخلع شخص أجنبي عن الزوجة لا هو ولى لها ، ولا هو وكيل عنها ، فإما أن يلتزم البدل من ماله وإما ألا يلتزمه .

فإن التزم البدل من ماله وقبل الزواج فخالع وقع الطلاق ولزم الأجنبي أداء البدل من ماله للزوج ولا يرجع به على الزوجة ، ولا يشترط هنا رضا الزوجة لأنه لايلزمها بهذا الخلع شيء مطلقاً حتى يشترط رضاها ، ويكون تكييف هذه الحالة أنه طلاق على مال يدفعه الأجنبي للزوج .

وإن لم يلتزم الأجنبي أداء البدل من ماله ، فإن أطلق البدل ولم يضفه إلى أحد ، كأن قال للزوج اخلع زوجتك على مائة دينار فقال الزوج قبلت لا يكون الأجنبي ضامناً للبدل ، ويتوقف الخلع على قبول الزوجة ، لأنها صاحبة الشأن فى ذلك فإذا قبلت تم الخلع ولزمها المائة ، وإذا لم تقبل لايلزمها شيء مطلقاً ، ولكن هل يقع الطلاق أو لايقع قولان عند الحنفية .

وإن أضاف الأجنبي البدل إلى غيره ، كأن قال اخلع زوجتك على مائة

---

(١) انظر الأحكام الجعفرية ص ٧٥ مادة ٢٩٤ ـ وفى مسائل الخلاف للطوسى حـ ٢ ص ٨٨ إذا خالعت الزوجة فى مرضها بأكثر من مهر مثلها كان الكل من صلب مالها .

يدفعها لك فلان ، أو تدفعها لك زوجتك ، ولم يكن مفوضاً بهذا ، لا يلزمه البدل ويتوقف الخلع على إجازة من أضيف إليه البدل فإن أجازه وقع الطلاق ولزمه البدل وإن لم يجزه لايقع به شيء .

وعند الجعفرية إذا اختلع الزوجة أجنبي من زوجها بعوض بغير إذنها لم يصح ذلك .

قالوا : لأن الله يقول (فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) فأضاف الفداء إليها ، فدل على أنه إذا فدى غيرها لا يجوز ، وأيضاً الأصل بقاء العقد وإجازة ذلك من أجنبي يحتاج إلى دليل ، وليس فى الشرع ما يدل عليه (١) .

---

(١) مسائل الخلاف حـ ٢ ص ٨٨ .

الباب الثالث
في : الإيلاء

(١) تعريفه (٢) ركنه (٣) شروطه (٤) حكمه.

١ — تعريف الإيلاء :

الإيلاء في اللغة : الحلف . وفي اصطلاح الفقهاء : هو حلف الزوج بالله أو بصفة من صفاته على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فأكثر ، أو التزامه أمراً شاقاً عليه إن هو قاربها في هذه المدة .

٢ — ركن الإيلاء :

وركن الإيلاء هو العبارة الداله على منع الإنسان نفسه من قربان زوجته منعاً مؤكداً باليمين أو بالتزام مايشق عليه ، مدة أربعة أشهر فأكثر . وعلى هذا فمن قال لزوجته والله لاأقربك أربعة أشهر ، أو والله لا أقربك سنة كان مولياً،وكذا لو قال : والله لاأقربك،دون تقييد بمدة معينة لأن الإطلاق ينصرف إلى التأبيد فكأنه قال لها : والله لاأقربك أبداً ، ومن قال لزوجته إن قاربتك في مدة أربعة أشهر فعلى حج أو صوم شهرين متتابعين كان مولياً كذلك .

ومن قال لزوجته . لا أقربك أربعة أشهر دون أن يؤكد ذلك باليمين أو بالتزام مايشق عليه لا يكون مولياً ، وكذا لايكون مولياً من حلف على ترك قربان زوجته مدة أقل من أربعة أشهر .

والإيلاء يكون منجزاً ، ومعلقاً ، ومضافاً إلى زمن مستقبل ، وتبدأ مدة الإيلاء في المنجز فور التلفظ به ، وفي المعلق فور تحقق الشرط ، وفي

المضاف الزمن مستقبل بدخول أول لحظة منه — هذا مذهب الحنفية .

أما الجعفرية فمذهبهم أن الإيلاء لا يكون إلا باسم الله أو بصفة من صفاته ، فمن حلف بالطلاق أو بالعتاق ، أو التزم مايشق عليه لايكون مولياً. كما أنه لايصح الإيلاء إلا إذا كان مطلقاً عن التقييد أو مقيداً بمدة أكثر من أربعة أشهر . ولا يكون الإيلاء عندهم معلقاً ولا مضافا إلى المستقبل . ولا بد من كون اللفظ صريحاً فى ترك قربان الزوجة مع اقترانه بالنية ، فإن كان صريحاً وتجرد عن النية ، أو كان بلفظ غير صريح ولو مع النية كقوله : والله لايجمع رأسي ورأسك وسادة واحدة لا يكون مولياً .

٣ — شروط الإيلاء :

أولا — أن يكون الزوج أهلا للطلاق عند أبى حنيفة والجعفرية ، واشترط أبو يوسف ومحمد كونه أهلا للكفارة التى تترتب على الحنث فى اليمين وعلى هذا فالإيلاء من الذمى باسم من أسماء الله (١) صحيح عند أبى حنيفة والجعفرية ، لأنه أهل للطلاق ، فإن بر فى يمينه طلقت زوجته ، وإن حنث لا تلزمه الكفارة ، وغير صحيح عند أبى يوسف . ومحمد ، لأن الذمى ليس أهلا للكفارة لما فيها من معنى العبادة والعبادة لاتصح من الكافر .

واشترط الجعفرية فوق ما تقدم أن يقصد الزوج بالإيلاء الإضرار بزوجته ، فلو حلف لصلاح لم ينعقد الإيلاء ، كما لو حلف لاستضرارها بالوطء ، أو خوفا من الحمل لمصلحة ولده (٢).

---

(١) إذا آلى الذمى بالتزام ماهو قربة عند المسلمين كأن قال لزوجته إن قاربتك فعلى حج لايصح اتفاقا . وإذا آلى بالتزام ماليس قربة كقوله لزوجته إن قاربتك فعبدى حر أو فزوجتى فلانة طالق صح اتفاقا عند الحنفية . انظر فتح القدير ج ٣ ص ١٨٢ - ١٨٣ .

(٢) المختصر النافع ص ٢٢١ ، ومسائل الخلاف ج ٢ ص ١٨٢-١٨٣ .

ثانيا — قيام الزوجية ، فيصح الإيلاء من الزوجة غير المطلقة ، وممن هى في عدتها من طلاق رجعي باتفاق الحنفية والجعفرية (١) ، لأن هذه وتلك من نسائه ، وكلاهما يحل وطؤها والله يقول (للذين يؤلون من نسائهم . .) .

أما المعتدة من طلاق بائن فلا يصح الإيلاء منها باتفاق لأنها ليست من نساء من أبانها لزوال زوجيتها بالبينونة ، ولأنه لا يحل له قربانها فكان الحلف على تركه لغواً لا معنى له ولا أثر .

واشترط الجعفرية فوق ما تقدم كون الزوجة مدخولا بها ، فمن آلى

---

(١) وإذا آلى من المعتدة من طلاق رجعي فزمان العدة يحتسب عند الحنفية والجعفرية من مدة الإيلاء . وابتداء المدة من وقت الحلف ، فإن كانت معتدة بالأقراء وامتد بها الطهر إلى نهاية مدة الإيلاء وقع الإيلاء صحيحاً ، وإن كانت معتدة بالأشهر فراجعها زوجها انعقد الإيلاء ممتداً إلى ما بعد الرجعة ، وإن انقضت العدة قبل انقضاء مدة الإيلاء سقط الإيلاء لفوات المحلية . وفي كتاب فرق الزواج للشيخ على الخفيف ص ٢٤١ أن الجعفرية كالشافعية يحسبون مدة الإيلاء من وقت المراجعة ، ولا أدرى من أين نقل هذا عنهم ، وأبو جعفر الطوسى شيخ الطائفة الجعفرية يصرح في مسائل الخلاف ج ٢ ص ١٠٢ بأن مذهب الجعفرية كمذهب الحنفية كلاهما يحتسب زمان العـــدة من مدة الإيلاء ، ويصرح بأنه خلاف مذهب الشافعية ثم إن الأستاذ الخفيف يقول بعد ما ذكر المذاهب في هذه المسألة (وجملة القول) : إن من يرى حرمة وطء المعتدة من طلاق رجعي يرى أن المدة تبتدىء من وقت المراجعة . ومن لا يرى حرمة وطئها تبتدىء المدة عنده من وقت اليمين) .
ومعلوم أن الجعفرية لا يرون حرمة وطء المعتدة من طلاق رجعي فمذهبهم كمذهب الحنفية في أن الرجعة كما تكون بالقول تكون بالفعل وهو الوطء ودواعيه ، والأستاذ الخفيف نقل عنهم في ٢١٨ من كتابه المذكور ، أما الشافعيـــة فإنهم يرون الرجعة بالقول فقط ، وعلى هـذا يكون مذهب الجعفرية في احتساب زمان العـدة من مدة الإيلاء هو الصحيح وهو عين مذهب الحنفية لا الشافعية .

من زوجته قبل أن يدخل بها لايصح إيلاؤه . وفى وقوع الإيلاء من المتمتع بها قولان ، أظهرهما أنه لايقع (١) .

٤ ــ حكم الإيلاء :

إذا آلى الزوج من زوجته فإما أن يفيء إليها وإما أن يبر فى يمينه ،

فإن فاء إليها قبل مضى الأربعة الأشهر بطل الإيلاء ولزمه كفارة اليمين أو الوفاء بما التزم .

والفيء يكون بمباشرة الزوجة إن كان قادراً على مباشرتها . وإن كان عاجزا عن المباشرة لمرض أو حبس يمتدان إلى آخر مدة الإيلاء يكون الفيء بنحو قوله : فئت إلى زوجتى ، أو أبطلت الإيلاء .

والفيء بالقول تنحل به اليمين بالنسبة للطلاق فلا يقع إذا مضت المدة ولم يقربها كما أنه لا يحنث به ، وإنما يحنث وتلزمه الكفارة لو وطئها فى مدة الإيلاء

وإن بر فى يمينه بأن مضت الأشهر الأربعة دون أن يفيء إلى زوجته وقع عليها طلقة واحدة بائنة دون حاجة إلى إنشاء طلاق أو توقف على حكم من القاضى .

وبعد وقوع الطلاق ينتهى الإيلاء إن كانت مدته معينة ، فإن كان مؤبدا كأن قال لها : والله لاأقربك أبدا لاينتهى الإيلاء بوقوع الطلاق لعدم قربانها فى الأربعة الأشهر الأولى بل يقع بمضيها دون قربانها طلقة واحدة بائنة ، فإن تزوجها بعقد جديد ومضت أربعة أشهر أخرى دون قربانها وقعت طلقة ثانية بائنة ، فإن تزوجها للمرة الثالثة ومضت أربعة أشهر أخرى دون

---

(١) المختصر النافع ص ٢٣١ .

قربانها وقعت طلقة ثالثة . ولا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ، فإن عادت له بعد الزوج الثانى ومضت أربعة أشهر دون قربانها لا يقع عليه طلاق، ولكن إن قاربها لزمه كفارة اليمين أو الوفاء بما التزم به — هذا هو حكم الإيلاء عند الحنفية .

أما الجعفرية فقد ذهبوا إلى أنه بعد مضى الأربعة الأشهر إما أن يفىء الرجل إلى زوجته ، وإما أن يطلق ، فإن فاء لزمتــه كفارة اليمين ، وإن طلق وقعت طلقة واحدة رجعية . والفىء يكون بالوطء مع القدرة عليه ، وبنحو قوله : إن قدرت فئت إلى زوجتى إن كان عاجزا .

وإن أبى الزوج أن يفىء أو يطلق كان للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضى وعلى القاضى أن ينظره أربعة أشهر أخرى،فإن أصر على الامتناع ثم رافعته بعد المدة خيره القاضى بين الفىء والطلاق فإن امتنع حبسه وضيق عليــه فى المطعم والمشرب حتى يكفر ويفىء ، أو يطلق . ولا يجوز للقاضى أن يطلق عليــه (١) .

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الزوج بعــد مضى الأربعة الأشهر إما أن يفىء أو يطلق ، فإن أبى طلق القاضى جبرا عليه ، والطلاق من الزوج أو القاضى لا يكون إلا واحدة رجعية (٢) .

---

(١) انظر المختصر النافع ص ٢٣١ ، ومسائل الخلاف جـ ٢ ص ١٠١ . وفرق الزواج للشيخ الخفيف ص ٢٤٤ .

(٢) منشأ الخلاف بين الحنفية ومخالفيهم فى أن الفىء يكون قبل مضى الأربعــة الأشهر عند الحنفية ، ويكون بعد مضيها عند الجعفرية وموافقيهم هو قوله تعــالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فان الله غفور رحيم . وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم) فالفــاء فى قوله (فإن فاءوا) تدل على التعقيب=

= باتفـاق ، إلا أن الجعفرية ومن معهم فهموا أن الفيء يكون عقب مضى المدة التى يتربصها المولى فيكون المعنى : فإن فاءوا بعد مضى المدة . والحنفية فهموا أن الفيء يكون عقب الإيلاء فيكون المعنى: فإن فاءوا بعد الإيلاء وهذا محتمل لأن يكون الفيء بعد الإيلاء فى مدة أربعة الأشهر أو بعدها وترجح كونه فى المدة بما ثبت عندهم من قراءة ابن مسعود (فإن فاءوا فيهن فإن الله غفور رحيم) — راجع فتح القدير ج ٢ ص ١٨٤ — ١٨٧ لتقف على أدلة الفريقين فيما وراء ذلك من خلاف .

الباب الرابع

فى : اللعان

(١) تعريفه (٢) سببه (٣) صورته (٤) أصل مشروعيته (٥) شروطه (٦) حكمه .

١ — تعريف اللعـان :

اللعان لغة : مصدر من اللعن بمعنى الطرد والإبعاد . وفى اصطلاح الفقهاء : شهادات أربع مؤكدات بالإيمان يؤديها الزوج مقرونة بالدعاء على نفسه باللعن ، فتقوم مقام حد القذف فى حقه ، وتؤديها الزوجة مقرونة بالدعاء على نفسها بالغضب ، فتقوم مقام حد الزنى فى حقها .

٢ — سبب اللعـان :

وسبب اللعان قذف الرجل زوجته قذفا يوجب الحد عليه لو كانت أجنبية ، وذلك بأن يرميها بالزنا ، أو ينفى نسب ولدها عن نفسه ، ولا يأتى بأربعة شهداء على دعواه .

٣ — صورته :

وصورة اللعان : أن يقف الزوجان أمام القاضى فيقول الزوج أولا : أشهد بالله أنى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنى (أربع مرات) ، ويقول فى الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى ، مشيرا فى كل ذلك إلى الزوجة ، ثم تتلوه الزوجة فتقول : أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنى (أربع مرات) ، وتقول فى الخامسة : غضب الله عليها إنه كان من الصادقين فيما رماها به من الزنى ، مشيرة فى كل ذلك إلى

الزوج — وإن كان القذف بنفي الولد ذكراه بدل الزنى عند الملاعنة .

وإذا امتنع الزوج عن الملاعنة حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد حد القذف ثمانين جلدة . وإذا امتنعت الزوجة عن الملاعنة بعد ما لاعن الزوج حبست حتى تلاعن أو تصدقه ، وإذا صدقته سقط عنها اللعان ولا يقام عليها حد الزنى إلا إذا اعترفت به اعترافا صريحا أربع مرات .

وعند الجعفرية . يحد من امتنع من الزوجين عن الملاعنة بمجرد امتناعه، لأن موجب القذف — عندهم — في حق الزوج الحد ، وله إسقاطه باللعان ، وموجب اللعان في حق الزوجة الحد ، ولها إسقاطه باللعان ، واستدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية لما قذف زوجته بشريك بن سحماء (البينة أو الحد في ظهرك)حيث أخبره أن الحد واجب عليه حتى يقيم البينة(١)

٤ — أصل مشروعية اللعان :

والأصل في مشروعية اللعان : أن من قذف امرأة حرة عفيفة بالزنى فإما أن يأتي بأربعة شهداء على دعواه ، وحينئذ يقام على المرأة حد الزنى ، وإما أن يعجز عن الإتيان بالبينة فيحد حد القذف ثمانين جلدة ، وفي هذا يقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فأجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون . إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم) والآية عامة تشمل من يقذف أجنبية ومن يقذف زوجته ... ولكن لما كان الزوج قد تقع عينه على مايكره من زوجته ، ويتعذر عليه الإتيان بالشهداء ، ويشق عليه أن يسكت على ريب وغيظ ، جاء رجل من الأنصار وقد رأى زوجته على مايكره ، فقال :

(١) مسائل الخلاف حـ ٢ ص ١١٠ .

يارسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلا فإن قتله قتلتموه ، وإن تكلم جلدتموه ، وإن سكت سكت على غيظ ، اللهم افتح ، فنزل قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين . والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين . والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين) . وبنزول الآيات كان اللعان طريقة مشروعة إذا ماقذف الرجل زوجته بالزنى وعجز عن البينة .

٥ ــ شروط اللعان :

إذا قذف رجل زوجته فرفعت أمره إلى القاضي وطالبته بموجب القذف وجب عليه اللعان ، ولكن لابد لوجوبه من توفر الشروط الآتية :

(١) قيام الزوجية الصحيحة بين القاذف ومن قذفها ، فيقع اللعان بين الرجل وزوجته ، ويقع بينه وبين مطلقته طلاقا رجعياً مادامت فى عدتها ، لقيام زوجيتها . ولا لعان بين الرجل ومن عقد عليها عقداً فاسداً ، ولا بينه وبين معتدته من طلاق بائن باتفاق الحنفية والجعفرية ، إلا أن الجعفرية أجازوا اللعان على نفى الولد بعد إبانة الزوجة ولو تزوجت من رجل آخر(١). ولا فرق عند الحنفية بين المدخول بها وغير المدخول بها . والراجح من مذهب الجعفرية أنه لالعان قبل الدخول ، وقيل يقع قبله ، وقيل يشترط الدخول لوقوعه بالقذف دون نفى الولد (٢) .

ومن قذف زوجته بزنى أضافه إلى ماقبل الزوجية لاعن عند الحنفية ، لأنهم يعتبرون الوقت الذى وقع فيه القذف . وعند الجعفرية يقام عليه

---

(١) الأحكام الجعفرية ص ٨٥ ، مسائل الخلاف ج ٢ ص ١١٢ .

(٢) المختصر النافع ص ٢٣٥ .

الحد ولا يلاعن ، لأنهم يعتبرون الوقت الذى أضيف إليه الزنى (١) .

٢ ـ أن يكون كل من الزوجين ـ عند الحنفية ـ حراً ، مسلما عاقلا بالغاً ناطقا ، غير محدود فى قذف . واشترط الجعفرية البلوغ ، وكمال العقل فى الزوجين . والسلامة من الصمم والخرس فى الزوجة خاصة ، فمن قذف زوجته وهى خرساء أو صماء فرق بينهما ولا تحل له أبدا (٢) . وأجازوا لعان الأخرس بإشارته المفهومة ، ولا يشترطون الإسلام ، ولا الحرية ، ولا عدم الحد فى قذف على المشهور من مذهبهم .

٣ ـ عدم إقامة الزوج البينة على دعواه ، وزاد الجعفرية فى القذف بالزنى أن يضيفه إلى مشاهدته .

٤ ـ أن تكون الزوجة منكرة لما رماها به زوجها .

٥ ـ أن تكون الزوجة عفيفة عن الزنى وشبهته ، وأجاز الجعفرية لعان غير العفيفة على نفى الولد خاصة .

٦ ـ أن يكون القذف بصريح الزنى أو بنفى الولد ، وزاد الجعفرية على ذلك قذفها برجل أصابها فى الموضع الآخر حراما ، لأن إصابة غير الزوج لها فى أى من الموضعين فاحشة تستوجب حد الزنى عند الجعفرية .

٥ ـ حكم اللعان :

إذا توفرت شروط اللعان فتلاعن الزوجان أمام القاضى ترتب على ذلك الأحكام الآتية :

١ ـ سقوط الحد عن كل من الزوجين باتفاق .

٢ ـ تقع الفرقة بين الزوجين بتفريق القاضى إن لم يطلق الزوج بعد

---

(١) مسائل الخلاف جـ ٢ صـ ١٠٢ . (٢) مسائل الخلاف جـ ٢ ص ١١١ .

الملاعنة ، وهذا مذهب أبي حنيفة وصاحبيه . وقال الجعفرية — وهو مذهب زفر — تقع الفرقة بمجرد تمام الملاعنة ، وحكم القاضي منفذ للفرقة لا غير . ومع هذا الخلاف فالكل مجمعون على أنه بمجرد تمام الملاعنة لا يحل استمتاع كل من المتلاعنين بالآخر ولو لم يفرق القاضي بينهما .

٣ ـ تعتبر الفرقة الحاصلة باللعان طلاقا بائنا عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يحل للملاعن أن يتزوجها بعد ذلك إلا إذا كذب نفسه أو كان منه أو من الملاعنة ما يزيل أهلية الشهادة .

وذهب الجعفرية وأبو يوسف إلى أن الفرقة باللعان فسخ يوجب الحرمة المؤبدة لقوله عليه الصلاة والسلام (المتلاعنان لا يجتمعان أبدا) :

٤ ـ إذا كان اللعان بنفي الولد انتفى نسبه منه ، ولا يكون بينهما من الحقوق والواجبات ما يكون بين الوالد وولده ، فلا توارث بينهما ، ولا نفقة لأحدهما قبل الآخر .... ولكن يعامل الولد معاملة الإبن في بعض الأحكام احتياطا ، فإذا قتله الملاعن لا يقتل به للشبهة ، ولا يجوز أن يعطى أحدهما زكاته للآخر ، أو تقبل شهادته له ، وتثبت بينهما حرمة المصاهرة ، ولا يعتبر الولد مجهول النسب ، فإن ادعاه غير الملاعن لا يثبت نسبه منه ، لاحتمال أن يكذب الملاعن نفسه فيلحق به ، وهذا مذهب الحنفية وبه قال الجعفرية إلا في باب الشهادة فقالوا تقبل شهادة الإبن على أبيه الذي نفاه وتقبل شهادته له ، وفي باب القصاص حيث قالوا يجب على الأب القصاص بقتله الولد الذي نفاه وذلك لأنهم يرون أن النسب لا يبقى متصلا بين الولد وأبيه الملاعن في مثل هذه الحقوق التي تعود إلى الملاعن أو تكون عليه (١) .

(١) انظر الأحكام الجعفرية ص ٨٧ . واعلم أن مذهب الجعفرية يرى قبول شهادة الوالد لولده والولد لوالده ، والوالد على ولده ، ولا يرى قبول شهادة الولد على والده . انظر مسائل الخلاف جـ ٢ ص ٢٤٤ .

الباب الخامس

في : تطليق القاضى للزوجة على زوجها

شريعة الإسلام شريعة عادلة ، فهى حين جعلت الطلاق بيد الزوج لأسباب ذكرناها فيما تقدم لم تنس أن المرأة قد يظهر لها فى حياتها الزوجية أو يطرأ عليها ما يعكر صفوها ، ويذهب بثمرتها ، فرفقاً بها ، وإنصافا لها جعلت لها حق المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها ، وأوجب على القاضى أن يسمع لشكاتها ، ويعمل على إنصافها فيطلب من الزوج أن يفارقها بمعروف ، فإن أبى طلق هو جبرا على الزوج ، ليرفع عن الزوجة ما يلحقها من ظلم لأنه بحكم منصبه مكلف برفع المظالم عن الناس .

والأسباب التى تخول للزوجة حق طلب التفريق — على اختلاف فيها بين الفقهاء — هى ما يأتى :

١ — أن يكون بالزوج عيب يخل بالمقصود من الحياة الزوجية ٢ — أن يعسر بنفقتها ، أو يمتنع عنها مع يساره ، بغير مبرر شرعى ٣ — أن يضرها بالقول أو بالفعل ٤ — أن يغيب عنها بلا عذر مدة تتضرر فيها ببعده عنها ٥ — أن أن يحبس مدة تخشى فيها على نفسها العنت والمشقة — وسنفرد لكل من هذه الأسباب فصلا على حدة .

الفصل الأول

فى : التطليق لعيب الزوج

اتفق الحنفية والجعفرية على أنه يثبت للزوجة حق طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا كان فى الزوج عيب من هذه العيوب الثلاثة ١ — الجب ٢ — العنة ٣ — الخصاء (١) . واختلفوا فيما وراء ذلك من عيوب :

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف : إلى أنه لا تفريق بغير العيوب الثلاثة المتقدمة ، لأنها هى التى يفوت معها المقصود من الزواج فيجب التفريق إذا طلبته الزوجة إنهاء لزوجية لاترجى ثمرتها ، ولا يتحقق المقصود منها . أما غير هذه العيوب فلا يفوت معها المقصود من الزواج بل هو متحقق فى الجملة ، فلا يصح التطليق إلا من الزوج وحده .

وذهب محمد بن الحسن : إلى أنه كما يفرق بأحد العيوب الثلاثة يفرق أيضاً بالبرص ، وبالجذام ، وبالجنون ، لأنها أمراض لا تستقيم معها الحياة الزوجية فهى تورث من النفرة مايمنع القربان عادة فأشبهت الجب ونحوه .

وذهب الجعفرية : إلى أنه يفرق بالجنون كما يفرق بأحد العيوب الثلاثة المتفق عليها .

ومن الفقهاء من زاد أمراضاً أخرى تصلح سبباً للتفريق ، وأكثرهم توسعاً فى ذلك الإمام مالك ، وابن القيم رحمهما الله .

ومن الفقهاء من لايرى التفريق لعيب مطلقاً وهم الظاهرية .

---

(١) الجب استئصال عضو التناسل : والعنة : عدم القدرة على إتيان النساء ، والخصاء سل الخصيتين .

ولقد كان العمل بمصر والعراق على أنه لا يفرق بين الزوجين إلا إذا كان الزوج مجبوباً أو عنيناً ، أو خصيا ، ثم انتهى العمل فى كل منهما إلى ما أخذ من مذهب محمد وغيره من الفقهاء المتوسعين فى هذه الناحية ، وهو : أنه يجوز التفريق بعيوب الزوج التى لا يرجى برؤه منها ، أو يرجى برؤه منها بعد زمن طويل لا يمكن للزوجة أن تبقى معه إلا بضرر كالجنون ، والجذام ، والبرص والسل ، والزهرى ، وغيرها من الأمراض الخبيثة التى تتعدى المريض إلى غيره ، سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به .

شروط التفريق بالعيب :—

ويشترط للتفريق بالعيب ما يلى :

١ — أن تكون الزوجة بالغة قد تقدمت إلى القاضى بطلب التفريق، فإن كانت صغيرة وطلب وليها التفريق لم يكن للقاضى أن يفرق بينها وبين زوجها لاحتمال رضاها بالعيب بعد بلوغها .

٢ — ألا يكون منها ما يدل على رضاها بالعيب ، كأن تزوجته وهى عالمة بحاله ، أو تزوجته غير عالمة ثم علمت بعد ورضيت به صراحة أو دلالة ، كأن خيرها القاضى بين البقاء والفرقة فقامت من المجلس أو قام القاضى قبل أن تختار شيئاً . ولا يدل على رضاها بالعيب سكوتها زمناً عن طلبها التفريق قبل المرافعة أو بعدها ، خلافا للجعفرية حيث يشترطون مطالبتها بالتفريق فور علمها بالعيب .

٣ — ألا يكون بها عيب يمنع من مخالطتها لأن قيام العيب بها مانع من جهتها كقيام العيب به ، فلا يكون بإمساكها — والحالة هذه — مضاراً لها .

٤ — أن يكون العنين ومن فى معناه بالغاً ، فإن كان صبياً أمهل إلى وقت البلوغ لعل عجزه عن المباشرة لصغره ، فإذا ما بلغ قدر عليها . فإن بلغ ولم يقدر على المباشرة أمهله القاضى سنة على ما يأتى . والمجبوب الصغير لا يمهل إل البلوغ لعدم الفائدة من ذلك .

٥ — ألا يكون العنين ومن فى معناه قد وصل إليها فى هذا النكاح ، فإن كان قد وصل إليها ولو مرة واحدة ثم عجز عنه بعد ذلك فلا حق لها فى طلب الفرقة ، لأن حقها قضاء أن يباشرها زوجها ولو مرة واحدة ، وقد استوفت حقها ، هكذا يرى الحنفية (١) والجعفرية (٢) .

وإذا كان القضاء فى مصر والعراق قد انتهى إلى أن المرض المستعصى أو المتعدى يصلح سببا للفرقة ولو كان طارئاً ، فأولى ـ فيما أعتقد ـ أن تكون العنة الطارئة سبباً للفرقة إن لم ترض بهـا الزوجة لأنها تتضرر بذلك فوق ماتتضرر به من معاشرة زوج أبرص أو أجذم .

وعلى ماتقدم فمن تزوجت من رجل ثم تبين لها أنه مريض مرضاً لايرجى برؤه منه ، أو يرجى برؤه ولكن بعد زمن طويل لا يمكنها المقام معه إلا بضرر ، وكان من حقها أن ترفع أمرها إلى القاضى طالبة التفريق بينها وبين زوجها ، وكان على القاضى إذا ثبت مرض الزوج بشهادة أهل الرأى فى ذلك وهم الأطباء أن يأمر الزوج بتطليقها فى الحال ، فإن طلق فبها ، وإلا طلق القاضى جبراً عليه ، منعاً للضرر الذى يلحقها من البقاء معه .

ومن تزوجت من رجل تبين لهـا بعد العقد أنه مجبوب كان لها ـ إن لم

---

(١) انظر البحر الرائق حـ ٤ ص ١٢٤ .

(٢) انظر الاستبصار حـ ٣ ص ٢٤٩ - ٢٥٠ .

ترض به ـ أن تطلب من القاضى التفريق بينها وبينه ، فإن ثبت لدى القاضى بأى طريق من طرق الإثبات أنه مجبوب أمره بتطليقها فى الحال ولا يمهله لعدم الفائدة من إمهاله ، فإن أبى الزوج أن يطلق طلقها القاضى نيابة عنه ليرفع عنها ما يلحقها من ضرر .

ومن تزوجت من عنين أو خصى وهى لا تعلم حاله ، ثم تبين لها حاله بعد ذلك كان من حقها ـ إن لم ترض بالمقام معه ـ أن ترفع الأمر إلى القاضى ليفرق بينها وبين زوجها ، فإن صدقها واعترف بأنه لم يصل إليها أجله القاضى سنة (قيل قمرية ، وقيل شمسية) ولا يفرق بينهما فى الحال لاحتمال أن يكون عجزه عن الوصول إليها لعارض يزول ، فمن الناس من يعتدل مزاجه وتنشط دواعى رغبته فى المرأة فى فصل دون فصل ، فإذا مرت به السنة ـ وهى مشتملة على الفصول الأربعة المختلفة ـ ولم يصل إليها علم أن به عيباً مستحكما ، وحينئذ إن أعادت الزوجة مطالبتها بالتفريق لعدم وصوله إليها واعترف الزوج بذلك طلق عليه القاضى إن لم يطلق ، ولا ينظره بعد ذلك ولا يوماً واحداً ـ إن طلب ذلك ـ إلا برضاها (١) .

أما إذا لم يصدقها الزوج فى دعوى عدم الوصول إليها ، وادعى هو أنه خالطها ، فإن كان قد تزوجها ثيبا كان القول قول الزوج مع يمينه لأن الظاهر يشهد له وكذا لو تزوجها وهى بكر ثم ظهر بالكشف عليها أنها ثيب . وإن ادعت أنه أزال بكارتها بغير المخالطة وهو يدعى أنه أزالها بالمخالطة كان القول قوله مع يمينه ، لأن الأصل فى الإنسان السلامة وهو ظاهر يشهد له .

وإن كان قد تزوجها بكراً ثم ظهر بالكشف عليها أنها لا تزال على حالها أجله القاضى سنة فإن عادت بعد مضيها مطالبة بالتفريق بدعوى أنه

---

(١) انظر فتح القدير جـ ٣ ص ٢٦٣ .

لم يصل إليها أعيد الكشف عليها ، فإن ثبت أنها ثيب كان القول قول الزوج مع يمينه ، وإن ثبت أنها لا تزال بكراً فرق القاضي بينها وبينه . وعند الجعفرية لا يجب على القاضي أن يكلف أحداً بالكشف عليها ، بل له ذلك ، وله أن يحكم بيمين الزوج دون إحضاره نسوة للكشف عليها (١) .

هذا ـ ولا عبرة بتأجيل غير القاضي ، فمن أمهلته زوجته إعذاراً له ثم خاصمته بعد ذلك طالبة الفرقة فى الحال لا يستجيب لها القاضى بل يمهله سنة غيرها .

ثم إن ابتداء السنة من وقت الخصومة إلا إذا كان الزوج صغيراً ، أو مريضاً ، أو محرماً فإنها تبتدىء من حين بلوغ الصغير ، وشفاء المريض ، وإحلال المحرم .

ولا يحتسب من السنة مدة عجزه عن الاتصال بها المانع من جهتها مطلقاً كمرضها وسفرها ، أو لمانع من جهته لا اختيار له فيه كمرضه وحبسه ، أما إن كان المانع من جهته وباختياره كسفره ولو لحج فإن مدة غيبته تحتسب من السنة ، لأن هذا لا يعد عذرا له .

وإذا ثبت العيب ولم يطلق الزوج ، هل يقع الطلاق باختيارها الطلاق دون توقف على حكم القاضى ، أو لا يقع إلا إذا أوقعه القاضى ؟ رأيان عند الحنفية ، الأول مروى عن أبي يوسف ومحمد والثـانى مروى عن أبي حنيفة (٢) . والفرقة على أى حال طلاق بائن ، لأنها فرقة قبل الدخول حقيقة ، ولأن رفع الضرر لا يتحقق إلا بالطلاق البائن ، ولو كان رجعياً

---

(١) الأحكام الجعفرية ص ٧٧ .

(٢) انظر فرق الزواج للشيخ الخفيف ص ٢٦٩ .

لأمكنه أن يراجعها بدون عقد فيبقى الضرر. ويجب للزوجة كمال المهر، وعليها العدة لوجود الخلوة الصحيحة(١).

ويرى الجعفرية أن للمرأة أن تستقل بالفرقة، فإن كانت هناك مدة مضروبة فانقضت والزوج لايزال على حاله كان لها أن تستبد بالفرقة دون مراجعة الحاكم، والفرقة عندهم فسخ لاطلاق(٢).

الفصل الثاني

في: التطليق لعدم الإنفاق

لايجيز مذهب الحنفية ولا مذهب الجعفرية التفريق بين المرأة وزوجها لعدم الإنفاق عليها سواء أكان عدم الإنفاق لإعسار الزوج أم لامتناعه عن النفقة مع يساره، لأن الزوج إن كان معسرا فالواجب نظرة إلى ميسرة، والله تعالى يقول (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا)، والمعسر ما آتاه الله شيئاً حتى يكلفه بالإنفاق على زوجته منه، فلم يكن من قبله مايستوجب تطليق زوجته عليه، وعلى الزوجة أن تنظره إلى أن يبدل الله عسره يسرا، ولاضرر في ذلك عليها، لأنها تؤمر باستدانة نفقتها على زوجها وعلى من تجب عليهم نفقتها — لو لم تكن متزوجة — إدانتها ديانة وقضاء.

وإن كان الزوج موسرا وامتنع عن نفقة زوجته فإن كان له مال ظاهر بيع ماله للإنفاق منه عليها، وإن لم يكن له مال ظاهر حبس حتى ينفق، وإذا

---

(١) البحر الرائق جـ ٤ ص ١٢٤.
(٢) الأحكام الجعفرية ص ٧٦.

لم يتعين التفريق رافعاً لظلم الزوج زوجته حتى تلجأ إليه وهو أبغض الحلال إلى الله .

قالوا : ويؤيد ماذهبنا إليه أنه كان فى الصحابة معسرون كثيرون ولم يعلم أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالتفريق بين رجل وزوجته لعدم إنفاقه عليها .

هذا مذهب الحنفية والجعفرية وهذه وجهة نظرهم فى المسألة .

أما الأئمة الثلاثة (مالك ، والشافعى ، وابن حنبل) فقد ذهبوا إلى أن للزوجة حقاً فى طلب التفريق لعدم الإنفاق عليها ، وعلى القاضى متى ثبت لديه صحة دعواها أن يفرق بينها وبين زوجها رفعاً للضرر عنها .

والأئمة الثلاثة يتفقون على هذا المبدأ ، ويختلفون فى التفصيل ، ويستدلون على ما ذهبوا إليه بأدلة :

منها : أن الله تعالى يقول « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » ومع عدم الإنفاق لا يكون الزوج ممسكاً بمعروف ، بل يكون ظالماً وعليه رفع ظلمه عن الزوجة بتطليقها ، فإن امتنع فرق القاضى بينهما لأنه تعين رافعاً لظلم محقق .

ومنها : أنه من المتفق عليه أن القاضى يفرق بين الزوج وزوجته إذا ثبت أن بالزوج عيباً جنسياً كالعنة وطلبت الزوجة التفريق ، وما ذلك إلا لرفع الضرر عنها ، وفى عدم الإنفاق ضرر محقق ، وهو أشد عليها مما ذكر ، فكان التفريق بسببه أولى وألزم .

ومنها : أن أبا الزناد قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ماينفق على زوجته أيفرق بينهما ؟ قال : نعم ، قلت له : سنة قال : سنة

وقوله سنة ينصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولئن كان هذا الأثر مرسلا فمراسيل سعيد بن المسيب يحتج بها عند كثير من الفقهاء[1] .

قالوا : وقد ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم أن يأخذوهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى .

وأنت ترى أنه لانص من قرآن أو سنة صحيحة يصرح بجواز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق ، والأدلة لكل من الفريقين يمكن مناقشتها .

وأيا ما كان الأمر فقد كان العمل جارياً فى مصر والعراق على ماذهب إليه الحنفية والجعفرية من أنه لايجوز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق . . . ولكن ترك العمل بهذا المذهب فى مصر وأخذ بمذهب مالك فى هذه المسألة لأنه أوسع من غيره — وتفصيل ما استقر عليه العمل هو :

أن الزوج إذا لم ينفق على زوجته ، وطلبت التفريق بينها وبينه لذلك ، فينظر ، هل للزوج مال ظاهر ، أو ليس له مال ظاهر ؟ فإن كان له مال ظاهر استوفت الزوجة نفقتها منه بأى طريق من طرق الاستيفاء ، ولا تجاب إلى طلبها ، لأن حقها فى النفقة لم يفت ، ولا فرق فى هذا بين كون الزوج حاضرا أو غائبا .

وإن لم يكن للزوج مال ظاهر ، فإما أن يكون حاضراً ، وإما أن يكون غائباً ، فإن كان حاضرا وثبت إعساره بدعواه ومصادقة الزوجة ، أو بينته أمهله القاضى مدة لا تزيد على شهر ، فإن أنفق فيها ، وإن لم ينفق طلق القاضى عليه .

---

(١) فرق الزواج للشيخ الخفيف ص ٢٩١ .

وان كان حاضراً ولم يثبت إعساره ، بأن أقر بيساره ، أو سكت عن بيان حاله من يسار أو إعسار ، أو ادعى الإعسار وعجز عن البينة ولم تصادقه الزوجة طلق عليه القاضى فى الحال ولا يمهله كما فى الصورة السابقة ، لأنه حيث لم يثبت إعساره كان ظاهر حاله أنه متعنت فى عدم الإنفاق فلا فائدة من إمهاله . أما فى الصورة السابقة فقد ثبت إعساره فلم يكن متعنتاً لأنه ما امتنع عن الإنفاق إلا لعسره ، وليس يشق على الزوجة أن تنتظر مدة قصيرة قد يبدل الله فيها عسر زوجها يسرا .

وإن لم يكن للزوج مال ظاهر وكان غائباً فإن كانت غيبته قريبة بحيث يمكن الاتصال به ، أعذر إليه القاضى وذلك بأن يرسل إليه كتاباً أو رسولا ويضرب له أجلا[١] ليحضر بنفسه للإنفاق على زوجته أو يرسل لها نفقتها ، فإن حضر وأنفق عليها ، أو أرسل لها النفقة فيها ، وإلا طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل والتأكد من وصول الإعذار إليه .

وحكم المسجون الذى ليس له مال ظاهر حكم الغائب غيبة قريبة إذا طلبت زوجته تطليقها منه لعدم الإنفاق عليها .

وإن كانت غيبة الزوج بعيدة بحيث لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول الحال ، أو مفقوداً ، وثبت ماتدعيه الزوجة من عدم إنفاقه عليها طلق عليه القاضى فى الحال بدون إعذار ولا إمهال[٢] .

---

(١) حدد القانون المصرى الأجل بمدة أقصاها تسعة أيام .

(٢) ذهب الجعفرية إلى أن زوجة المفقود لا خيار لها إن عرف خبره أو كان له ولى ينفق عليها ، فإن فقد الأمران ورفعت أمرها الى الحاكم أجلها أربع سنين ، فإن وجده وإلا أمرها بعدة الوفاة ثم أباح النكاح ، فإن جاء فى العدة فهى زوجته ، وان خرجت من عدتها وتزوجت فلا سبيل له عليها المختصر النافع ص ٢٢٥ .

هذا . وأن الطلاق الذى يوقعه القاضى بسبب عدم الإنفاق يكون رجعياً إذا كان بعد الدخول ، ويجوز للزوج أن يراجع زوجته ما دامت فى عدتها إذا ثبت يساره وأظهر استعداده للإنفاق عليها ، وبغير ذلك لا تصح الرجعة لقيام سبب التطليق .

الفصل الثالث

فى التفريق للضرر

المراد بالضرر هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل ، كالضرب المبرح ، والشتم المقذع ، والهجر بغير سبب ، وحملها على ارتكاب محرم ، والعمل على ابتزاز مالها .

ومذهب الحنفية والجعفرية لايجيز التفريق بناء على طلب الزوجة لشيء من ذلك ، وإنما على القاضى إذا ثبت لديه دعوى الزوجة إيذاء الزوج لها أن يحضر الزوج وينهاه عما يفعل بزوجته ، ويأمره بحسن العشرة ، فإن امتثل فبها ، وإن استمر على إيذائه إياها عزره بما يراه رادعاً له ، كالشتم ، والضرب ، والحبس .

وعلى هذا جرى العمل ولايزال يجرى إلى الآن فى العراق .

أما فى مصر فقد كان العمل على هذا أيضاً إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وفيه ماياتى :

« المادة السادسة » — إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما ،

فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين، وقضى على الوجه المبين بالمواد : (٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١).

« المادة السابعة » — يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن ، وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما ، وقدرة على الإصلاح بينهما .

« المادة الثامنة » — على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح ، فإن أمكن على طريقة معينة قرراها .

« المادة التاسعة » — إذا عجز الحكمان عن الإصلاح ، أو كانت الإساءة من الزوج ، أو منها ، أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة .

« المادة العاشرة » — إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

« المادة الحادية عشرة » — على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقررانه ، وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه .

والأصل فى التحكيم عند المشاقة بين الزوجين قوله تعالى « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً ».

وما استقر عليه العمل فى مصر بمقتضى القانون المذكور مأخوذ من مذهب الإمام مالك رضى الله عنه ، والعمل به — إذا استحكم الشقاق بين الزوجين وتعذر الوفاق ، وتمادى الزوج فى عدوانه على الطلاق — أولى من الجمود على مذهب الحنفية والجعفرية ، لأن فى الناس من يتمادى فى عداوته على زوجته ولا يرده زجر ، ولا ينفع معه تعزير .

الفصل الرابع

فى : التطليق لغيبة الزوج

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تتضرر بها ، وتخشى على نفسها الفتنة لم يكن لها عند الحنفية والجعفرية حق فى طلب التفريق بينها وبين زوجها ، لعدم قيام ما يبنى عليه التفريق فى نظرهم . وعلى هذا لا يزال العمل يجرى فى العراق ، وقد وقعت محاولة تشريعية للعمل بغير هذا المذهب ولكنها محاولة لم يقدر لها أن تظهر إلى حيز التنفيذ ، فقد وضعت لائحة للأحوال الشخصية للعمل بها فى المحاكم الشرعية العراقية ، ولكنها معطلة إلى يومنا هذا ، وقد جاء فى الفقرة الأولى من المادة ٧١ من هذه اللائحة ما نصه :

« إذا ترك الزوج مالا وتغيب وطلبت الزوجة التفريق يقوم القاضى بالتحقيقات اللازمة بحقه ، فإذا حصل يأس من أخذ خبر بمحله وحياته أو مماته يؤجل ذلك أربع سنوات اعتباراً من تاريخ اليأس ، وإن لم يمكن أخذ خبر عنه خلال هذه المدة وأصرت الزوجة على الطلب فرق بينهما » .

وجاء فى الفقرة الثانية من المادة نفسها ما نصه :

إذا كانت غيبة الزوج فى دار حرب يحكم القاضى بالتفريق بعد مرور سنة من عودة المتحاربين وإسرائهم إلى أوطانهم دون أن يظهر عنه خبر » .

أما فى مصر فقد ترك العمل بمذهب الحنفية إلى ما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وفيه :

« المادة الثانية عشرة » — إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا إذ تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

« المادة الثالثة عشرة » — إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولا فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة ، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا عذر وضرب أجل (١) .

الفصل الخامس

في: التطليق لحبس الزوج

مذهب الحنفية والجعفرية لا يرى جواز التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج مدة تتضرر بها الزوجة ، وعلى هذا يجرى العمل في العراق إلى يومنا هذا ، وقد حاول المشرع العراقي العدول عن هذا المذهب إلى رأي رآه أوفق وأرأف بالمرأة ، وهو ماجاء في الفقرة الثالثة من المادة ٧١ من لائحة الأحوال الشخصية للمحاكم العراقية ونصها :

« لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة سبع سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه »

---

(١) نصت المذكرة الإيضاحية على أن هذا الحكم مأخوذ من مذهب الإمام مالك رضي الله عنه ، ولكن مذهب مالك لا يشترط لجواز التفريق أن تكون الغيبة لغير عذر مقبول بل عنده يجوز التفريق سواء أكانت الغيبة لعذر مقبول أم لعذر غير مقبول إذا طلبت الزوجة ذلك ، فمن سافر لتجارة ، أو ندب لسفارة ، أو رحل لطلب علم وترك زوجته ولم يستطع نقلها إليه كان ذلك من مبررات طلبها للفرقة إن شق عليها غيابه ولم تأمن على نفسها الفتنة . والحق أن القانون في اشتراطه لجواز التفريق كون الغيبة لعذر غير مقبول يوافق مذهب الحنابلة لأنهم هم الذين يفرقون بين العذر المقبول والعذر غير المقبول .

وقد علمت أن هذه اللائحة لم يعمل بها ، وأنها لا تزال معطلة إلى اليوم .

أما فى مصر فقد عدل عن مذهب الحنفية إلى ما جاء فى المادة الرابعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها :

« لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحريه مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب من القاضى بعد مضى سنة (١) من حبسه التطليق عليه بائناً للضر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه » .

هذا الحكم مستمد من مذهب الإمام مالك رضى الله عنه .

---

(١) السنة التى ضربها المشرع المصرى أقصى الأجل لغيبة الزوج أو حبسه بالفعل وهى السنة الشمسية وهى ٣٦٥ يوما ، وقد نص على ذلك فى المادة ٢٣ من القانون المذكور حيث قال : « المراد بالسنة فى المواد من (١٢ إلى ١٨) هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما » .

الباب السادس

فى : الفرقة بسبب الردة

الردة هى ترك المسلم أو المسلمة دين الإسلام إلى دين آخر ، أو إلى غير دين.

والردة من الأسباب التى تقع بها الفرقة بين الزوجين من تلقاء نفسها دون توقف على حكم القاضى ، باتفاق الحنفية والجعفرية ، مع خلاف يسير فى بعض الجزئيات ، وإليك التفصيل :

أولا — إذا ارتد أحد الزوجين دون الآخر :

يرى الحنفية : أنه إذا ارتد الزوج وحده وقعت الفرقة بين الزوجين فى الحال دون توقف على قضاء القاضى ، سواء أ كانت الزوجة مسلمة أم كتابية وتعتبر الفرقة فسخاً عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وعند محمد رضى الله عنه تعتبر طلاقاً .

وإذا ارتدت الزوجة وحدها انفسخ النكاح فى ظاهر المذهب وتجبر الزوجة على الإسلام وعلى تجديد عقد النكاح بمهر يسير حتى لا يتهيأ للمرأة التى تريد الخلاص من زوجها الخلاص عن طريق الردة ، وعلى هذا جرى مشايخ بخارى وأفتوا به ، وأفتى مشايخ بلخ وسمرقند بعدم وقوع الفرقة بردة الزوجة معاملة لها بنقيض مقصودها .

ويرى الجعفرية : أنه إذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام انفسخ النكاح بلا توقف على القضاء ، غير أنه إذا كانت للردة قبل الدخول انفسخ النكاح فى الحال ، وإن كانت الردة بعد الدخول توقفت الفرقة إلى انقضاء العدة ، فإن انقضت ولم يعد المرتد إلى الإسلام انفسخ النكاح منذ ارتد ، وإن عاد

إلى الإسلام فى أثناء العدة بق النكاح على حاله إلا إذا كان المرتد هو الزوج وكان مولوداً على فطرة الإسلام حيث ينفسخ النكاح فى الحال ، وقعت الردة قبل الدخول أو بعده (١) .

وتجبر الزوجة المرتدة — عند الجعفرية — على الإسلام ، ولا تجبر على تجديد النكاح بمهر يسير بعد ما بانت (٢) .

ثانياً — إذا ارتد كلا الزوجين :

يرى الحنفية : أنه إذا ارتد الزوجان معاً أو على التعاقب ولم يعلم الأسبق منهما ثم أسلما كذلك فالنكاح باق على حاله دون حاجة إلى عقد جديد .

وإذا ارتدا على التعاقب وعرف الأسبق منهما ردة ، أو ارتدا معاً ثم عادا إلى الإسلام على التعاقب وعرف الأسبق منهما فى العود انفسخ النكاح ويفرق بينهما فى الحال .

ويرى الجعفرية : أنه إذا ارتد الزوجان معا أو على التعاقب بعد الدخول ولم يعلم الأسبق منهما ثم أسلما كذلك فى العدة يبقى النكاح قائماً بينهما ، وإنما يفسد إذا كان قبل الدخول إلا إذا كان ارتداد الزوج عن فطرة فتحصل البينونة فى أول زمن الردة ولو بعد الدخول (٣) .

وإذا ارتدا على التعاقب وعرف الأسبق ردة ، أو ارتدا معا ثم عادا إلى الإسلام على التعاقب وعرف الأسبق عودا فالحكم عين الحكم فيما لو ارتد أحدهما دون صاحبه .

---

(١) الأحكام الجعفرية ص ٧٨ مادة ٣٠٣ .
(٢) الأحكام الجعفرية ص ٧٨ مادة ٣٠٤ .
(٣) الأحكام الجعفرية ص ٥٠٨ مادة ٣٠٥ .

هذا — ومن أقرت على دين سماوى ثم ارتدت عنه إلى غير دين أو إلى دين غير سماوى فحكمها حكم من ارتدت عن الإسلام باتفاق .

ومن أقرت على دين سماوى كاليهودية ثم ارتدت عنه إلى دين سماوى آخر كالنصرانية لا تعتبر مرتدة عند الحنفية ، وتعتبر مرتدة ويفسخ النكاح عند الجعفرية وهو أصح القولين عند الشافعية ، لكن إذا أسلمت قبل انقضاء العدة فإن النكاح يبقى على حاله .

والفرقة بسبب الردة لا توجب حرمة مؤبدة فمن عاد إلى الإسلام بعد ما ارتد وبانت منه زوجته جاز له أن يجدد نكاحها ، انقضت عدتها أو لم تنقض ما لم تحرم عليه بسبب آخر حرمة مؤبدة أو مؤقتة .

... وبعد فهذه هى أهم فرق الزواج عرضنا لها بتفصيل ، وهناك فرق أخرى لم نفرد لها بحوثا مستقلة اكتفاء بما ذكرناه عنها فى مواضع مختلفة تقدمت ، وذلك كالفرقة بسبب إباء الزوج عن الإسلام وقد أسلمت زوجته ، والفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج ، والفرقة لكون المهر أقل من مهر المثل ، والفرقة بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة ، والفرقة بسبب طروء مايوجب حرمة المصاهرة ، وغير ذلك من الفرق التى ترد على عقد الزواج .

وهناك فرقة أخرى ليست فسخاً ولا طلاقا ، وإنما هى فرقة بالأبدان ، على معنى أن الزوجية معها قائمة ولكن يحرم فيها مايكون عادة بين الرجل وزوجته إلى أن يوجد ما يرفع التحريم وهو الكفارة ، وهذه الفرقة تكون بسبب الظهار وهو ما نعرض له فى الباب التالى .

الباب السابع

في : الظهار

١ — تعريفه ٢ — ركنه ٣ — شروطه ٤ — حكمه .

١ — تعريف الظهار : —

الظهار هو تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد ، أو بجزء منها لا يحل نظره إليه ، وذلك كأن يقول الرجل لزوجته : أنت على كظهر أمى

٢ — ركنه : —

وركن الظهار هو الصيغة التى تدل تشبيه الرجل زوجته فى حرمتها عليه بمن هى محرمة عليه تأبيداً لنسب ، أو مصاهرة ، أو رضاع .

٣ — شروطه : —

ويشترط لصحة الظهار ما يلى :

أولا : أن يكون المظاهر زوجاً ، بالغاً ، عاقلا مسلماً .

ثانياً : أن تكون المظاهر منها زوجة قد انعقد زواجها صحيحاً نافذاً ، فيصح الظهار من المعتدة من طلاق رجعى لقيام زوجيتها ، ولا يصح من المعتدة من طلاق بائن ، ولا من المعقود عليها عقداً فاسداً ، ولا من المعقود عليها عقداً صحيحاً غير نافذ ، لأنهن حرام عليه فعلا فلا يكون للظهار منهن معنى اللهم إلا إذا كان مجرد الإخبار عن الواقع .

ثالثاً : أن تكون المرأة التى شبه بها زوجته محرمة عليه على جهة التأبيد تحريماً مجمعاً عليه ، فإن شبهها بمحرمة عليه تأبيدا عند فريق من الفقهاء دون

فريق ، كأم من زنى بها ، أو كبنته من الزنى لم يكن ذلك ظهاراً على المعتمد من مذهب الحنفية .

ويشترط الجعفرية فى الظهار : أن يسمع نطق المظاهر شاهداً عدل . وفى صحة الظهار مع الشرط روايتان عنهم أشهرهما الصحة . ويشترطون فى المظاهر : الإسلام ، والبلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد . وفى المظاهر منها : قيام زوجيتها حقيقة أو حكما ، وأن تكون فى طهر لم يجامعها فيه إذا كان زوجها حاضراً ومثلها تحيض ، وفى اشتراط الدخول تردد ، المروى الاشتراط وفى وقوعه بالمتمتع بها قولان أشهرهما الوقوع (١) .

٤ — حكم الظهار : —

كان الرجل فى الجاهلية إذا أراد أن يطلق امرأته جعلها فى التحريم على نفسه كالمواضع التى لا يطلع عليها من أمه كالفخذ ، والظهر ، والبطن ، والفرج ، ثم نظروا فلم يجدوا موضعاً أحس فى الذكر ولا أستر من الظهر مع إصابة المعنى الذى أرادوه فاستعملوه دون غيره ، ثم إن خولة بنت ثعلبة قالت : كنت تحت أوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته فى بعض ما أمرنى به فقال : أنت على كظهر أمى ، ثم خرج فجلس فى نادى قومه ، ثم رجع إلى فراودنى عن نفسى فقلت : والذى نفس خولة بيده لا تصل إلى وقد قلت ما قلت حتى يقضى الله ورسوله فى ذلك فوقع على فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير وخرجت إلى بعض جيرانى فأخذت ثياباً فلبستها وأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فجعل يقول لى : زوجك وابن عمك وقد كبر فأحسنى إليه ، فجعلت أشكو إلى الله ما أرى من سوء

---

(١) المختصر النافع ص ٢٢٩ .

خلقه ، فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه عند نزول الوحى ، فلما سرى عنه قال : أنزل الله فيك وفى زوجك بيانا ، وتلا قوله تعالى « قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير . الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم » ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مريه فليعتق رقبة ، فقلت : لا يجد ذلك يا رسول الله ، ثم قال : مريه أن يصوم شهرين متتابعين ، فقلت : هو شيخ كبير لا يطيق الصوم ، فقال مريه فليطعم ستين مسكيناً ، فقلت : ما عنده شيء يا رسول الله ، فقال : إنا سنعينه بعرق (١) ، فقلت : وأنا أعينه بعرق أيضاً : فقال : افعلى واستوصى به خيراً (٢) .

ومن هذا تعلم أن حكم الظهار فى الإسلام غير ما كان عليه فى الجاهلية ، فمن ظاهر من زوجته لا يعتبره الشارع مطلقاً لها ، وإنما يعتبره عابثاً بالحياة الزوجية ، وظالما لزوجته حيث أراد الكيد لها ، وجزاؤه على ذلك أنه لا يحل له قربانها والاستمتاع بها ، ولا يحل لزوجته تمكينه من ذلك حتى يكفر عن خطيئته بعتق رقبة مؤمنة أو غير مؤمنة ، فإن لم يجد فصيام شهرين

---

(١) المراد عرق من تمر ، والعرق بالراء المفتوحة زنبيل يسع ثلاثين صاعاً على الأصح — فتح القدير جـ ٣ ص ٢٤١ .

(٢) العناية « هامش فتح القدير » جـ ٣ ص ٢٢٦ .

متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ، يغديهم ويعشيهم مع إشباعهم أو يدفع لهم قيمة ذلك . وقال الجعفرية لا يجوز دفع القيمة (١) . فإن هو كفر حلت له زوجته ، وإن امتنع عن التكفير ألزمه به القاضي دفعاً للضرر عن الزوجة وذلك بأن يحبسه أو يضربه حتى يكفر أو يطلق . وقال الجعفرية : إذا رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي أنظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة ، وعند انقضائها يضيق عليه حتى يكفر أو يطلق (٢) .

---

(١) مسائل الخلاف ج ٢ ص ١٠٩ .
(٢) المختصر النافع ص ٢٢٠ .

الباب الثامن

فى : العـدة

١ — تعريفها ٢ — سببها ٣ — حكمة مشروعيتها ٤ — أنواعها ٥ — تحول العدة من نوع إلى نوع ٦ — عدة من تزوجها مطلقها وهى فى عدتها ثم طلقها ٧ — تداخل العدتين ٨ — مبدأ العدة ونهايتها ٩ — مايجب على المعتدة وما يجب لها .

١ — تعريف العدة :

العدة لغة : الإحصاء ، تقول : عددت الشيء عدة إذا أحصيته إحصاء ، وتطلق العدة ويراد منها المعدود .

وشرعا : مدة يلزم المرأة تربصها عقب الفرقة لانقضاء مابقى من آثار النكاح أو شبهته .

فمن وجبت عليها العدة وجب عليها أن تنتظر ولا تتزوج بغير زوجها الأول[1] فإذا انقضت عدتها انقضت العلائق بينها وبين زوجها ، وحل لها أن تتزوج بعده من تشاء .

وليس على الرجل أن يتربص مدة العدة التى تتربصها مطلقته ويمتنع فيها عن الزواج إلا إذا كانت من يريد الزواج بها محرمة عليه لمانع مؤقت سببه زواجه بمن طلقها وذلك كمن طلق زوجته وأراد الزواج من أختها فإنه لايجوز له ذلك إلا بعد مضى عدة مطلقته لئلا يكون جامعاً بين أختين ، ومن

---

(١) إلا إذا كانت مطلقة ثلاثا فإنها لاتحل فى العدة لزوجها ولا لغيره .

كان متزوجاً من أربع نسوة فطلق إحداهن فليس له أن يتزوج غيرها حتى تنقضى عدتها لئلا يكون جامعاً بين أ كثر من أربع(١) .

٢ — سببها :ـ

وتجب العدة لأسباب مختلفة وهى :

أولا — وفاة الزوج قبل الدخول أو بعده إذا كان عقد الزواج صحيحا ، فإن كان العقد فاسداً فلا تجب العدة إلا إذا حدث دخول حقيق .

ثانياً — حدوث مفارقة فى نكاح صحيح بسبب طلاق أوفسخ بعد الدخول الحقيق أو بعد الخلوة الصحيحة أو الفاسدة عند الحنفية ، وبعد الدخول الحقيق فقط عند الجعفرية .

ثالثاً — حدوث مفارقة فى نكاح فاسد أو وطء بشبهة بعد الدخول الحقيق عند الحنفية والجعفرية .

٣ — حكمة مشروعيتها :

وقد شرعت العدة لحكم كثيرة منها : التعرف على براءة الرحم من الحمل حتى لا تختلط الأنساب .

ومنها : تمكين الزوجة من الحداد وإظهار أسفها وحزنها على وفاة زوجها وهذا ضرب من الوفاء له إذ ليس من المروءة ولا من عرفان الجميل زواج المرأة إثر وفاة زوجها ولو قبل دخوله بها ، كما أنه ليس من اللائق بامرأة

---

(١) تقدم أن الشافعية والجعفرية يجيزون للرجل أن يتزوج من أخت من طلقها بائنا قبل مضى عدتها ، وكذا من خامسة بعد ما أبان الرابعة وهى فى عدتها . انظر ص ٨٥ ، ٨٨ من الكتاب .

اقترنت برجل وارتبطت بأهله برابطة المصاهرة أن تنعم بحياة زوجية جديدة فى وقت لايزال فيه أهل زوجها المتوفى فى حزن عليه .

ومنها : أن الشارع أراد من وراء العدة أن يهيء للمطلق فرصة ، ويجعل أمامه متسعاً من الوقت لعله يراجع فيه نفسه ويندم على تسرعه بالطلاق فيراجع زوجته بلا عقد ولا مهر إن كان قد طلقها رجعياً وعدتها لاتزال باقية ، أو يعيدها إلى عصمته بعقد جديد ومهر جديد وهى فى العدة إن كان قد طلقها طلقة بائنة وليس ذلك لأحد غيره . أما بعد العدة فهو والأجنبى سـواء فى طلب الزواج منها وربما فضلت الأجنبى عليـه ولا يملك منعها من ذلك .

وحكمة أخرى وراء ذلك كله ، وهى التنويه بخطر الزواج وعظم شأنه ، فإذا ما انتهت زوجية امرأة فلا تقدم على زوجية جديدة إلا بعد مضى مدة يكون فيها التبصر والتروى ، وحاجة المرأة إلى التبصر والتروى فى الزواج جلية واضحة لأن عصمتها بيد زوجها لا بيدها فإذا ما تسرعت وظهر خطؤها عجزت عن مفارقة زوجها ، أما الرجل فأمر الطلاق بيده ، ويستطيع الخلاص من الزوجة التى لا تلائمه حيث شاء ، فلم يكن بحاجة إلى مدة مضروبة شرعاً يتروى فيها قبل مايقدم على الزواج .

٤ — أنواع العـــدة :ـ

وأنواع العدة ثلاثة : (١) عدة بالأقراء (٢) عدة بالأشهر (٣) عـــدة بوضع الحمل — وإليك بيان كل منها :

أولا ـ العدة بالأقراء :ـ

الأقراء جمع قرء ، والقرء لفظ مشترك بين معنيين ، فهو يطلق لغة على الحيض وعلى الطهر ، وقد جاء فى بيان عدة المطلقات قوله تعالى (والمطلقات

يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ولفظ القروء فى الآية يحتمل كلا المعنيين ، ولهذا اختلف الصحابة ومن بعدهم فى المراد منه ، فذهب فريق إلى أن المراد من القروء فى الآية الحيض ، واختاره الحنفية والحنابلة ، وذهب فريق آخر إلى أن المراد من القروء فيها الطهر ، واختاره المالكية والشافعية والجعفرية ولكل من الفريقين أدلة لانطيل بذكرها(١) .

ومقدار العدة بالأقراء ثلاثة قروء كما هو نص الآية السابقة ، وبناء على الخلاف فى معنى القرء ذهب الحنفية إلى أنه لابد لانتهاء العدة من ثلاث حيضات كوامل بعد الفرقة ، فمن طلقت للبدعة وهى حائض لاتحتسب الحيضة التى طلقت فيها ، بل لابد من ثلاث حيضات كوامل تستأنفها بعد طهرها من الحيض الذى طلقت فيه .

وذهب الجعفرية إلى أنه لابد لانتهاء العدة من ثلاثة أطهار يحتسب منها الطهر الذى وقعت فيه الفرقة ولو حاضت بعد الطلاق بلحظة ، فمن طلقت أثناء طهرها احتسب ذلك الطهر من عدتها ولابد من طهرين كاملين غيره ، فإذا رأت الدم الثالث انتهت عدتها بمجرد رؤيته وحلت للإزواج .

والعدة بالأقراء تكون لمن فارقها زوجها بعد الدخول بسبب من أسباب الفرقة غير الوفاة إذا كانت من ذوات الحيض ولم تكن حاملا .

والمرأة المدخول بها دخولا حقيقياً بناء على عقد فاسد أوشبهة إذا فارقها من دخل بها أومات قبل مفارقتها تعتد بثلاثة قروء أيضاً إذا كانت من ذوات الحيض ولم تكن حاملا .

---

(١) راجع كتب التفسير عند شرحها للآية ، وراجع فتح القدير ج ٣ ص ٢٧٠ وما بعدها .

ثانياً — العدة بالأشهر :

والعدة بالأشهر نوعان : نوع الأشهر فيه بدل عن الأقراء ، ونوع الأشهر فيه أصل لا بدل .

فالنوع الأول وهو العدة بالأشهر التي هي بدل عن الأقراء : يكون لمن فارقها زوجها بعد الدخول بسبب من أسباب الفرقة غير الوفاة ، وكانت لا تحيض لصغر أو لبلوغها سن اليأس[1] أو بلغت بالسن وهو خمسة عشر عاما ولم تحض قط ولم تكن حاملا ، فمن هذا شأنها تعتد بثلاثة أشهر لقوله تعالى (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن) .

وإنما كانت الأشهر ثلاثة لأنها قائمة مقام ثلاث حيضات إذ هي بدل عنها ، والغالب أن المرأة ترى العادة فى كل شهر مرة ، فثلاث حيضات فى ثلاثة أشهر فإذا لم يكن حيض لسبب من الأسباب المتقدمة فمدة ثلاث حيضات كافية .

ويرى الجعفرية أن العدة بالأشهر الثلاثه تكون لمن لا تحيض خلقة ، أو لرضاع أو مرض أو غيرهما وهى فى سن من تحيض ولم تكن حاملا إذا كانت الفرقة بعد الدخول لسبب غير الوفاة ، أما التى لا تحيض لصغر ، أو لكبر تحقق معه بلوغها سن اليأس فلا عدة عليها مطلقا غير عدة الوفاة إن مات عنها زوجها .

---

(١) وسن اليأس مختلف فيه بين الفقهاء فمن الحنفية من قدره بخمسين سنة ، ومنهم من قدره بخمس وخمسين سنة وعليه الفتوى عندهم . وعند الجعفرية سن اليأس للقرشيات ستون سنة ، ولغير القرشيات خمسون . والمالكية يبلغون بسن اليأس إلى السبعين . والحق أن سن اليأس يختلف باختلاف النساء واختلاف البيئة وتقدير سن معينة له مبنى على استقراءات ناقصة .

ولابد — باتفاق الحنفية والجعفرية — من أن تكون الأشهر الثلاثة كاملة وإذا ابتدأت العدة من أول الشهر تعتبر الأشهر بالأهلة ولو نقص بعض الأشهر عن ثلاثين يوما ، وإذا ابتدأت العدة فى أثناء الشهر احتسبت بالأيام تسعين يوماً كاملة فى رأى أبى حنيفة ، وذهب أبو يوسف ومحمد والجعفرية إلى أنه يحتسب الشهران المتوسطان بالأهلة ، وتكمل عدة الشهر الأول ثلاثين يوما من الشهر الرابع .

والنوع الثانى وهو العدة بالأشهر التى هى أصل لا بدل : يكون لمن توفى عنها زوجها بعد عقد صحيح ولو قبل الدخول ولم تكن حاملا ، سواء أكانت من ذوات الحيض أم لم تكن ، وهذه تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام ، لقوله تعالى : (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) . واعتبار الأشهر هنا بالأهلة أو بالأيام يجرى فيه التفصيل والخلاف السابق .

وإنما كانت الأشهر هنا أربعة وعشرة أيام ، لأن هذه المدة أقصى ماتتحمله الزوجة عادة فى البعد عن الأزواج ، وهى أيضاً المدة التى يتبين فيها بوضوح كون المرأة حاملا أو غير حامل .

رابعاً — العدة بوضع الحمل :

يرى الحنفية أن المرأة الحامل مطلقا عدتها بوضع حملها ، سواء أكانت الفرقة عن طلاق أم فسخ ، أم عن وفاة ، وسواء أكان الحمل نتيجة زواج صحيح ، أم زواج فاسد ، أم وطء بشبهة[1] وذلك لعموم قوله تعالى (وأولات

---

(١) تقدم الكلام عن الحامل من الزنى من ناحية العدة والعقد عليها والدخول بها فراجع ص ٨٣ — ٨٤ من الكتاب .

الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) ، وعلى هذا فمن وضعت حملها بعد الفرقة ولو بلحظة فقد انتهت عدتها وحلت الإزواج ولو لم تطهر من نفاسها ، وليس عليها عدة وفاة ، ويشهد لهذا ماصح عن أم سلمة من أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : قد حللت فانكحي من شئت . ومثل هذا الحديث يخصص عموم قوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) .

ويرى الجعفرية : أن الحامل التي فارقها زوجها لغير وفاة تعتد بوضع حملها ، فلو وضعته بعد لحظة من مفارقته انتهت عدتها وحلت للإزواج .

أما الحامل التي مات عنها زوجها فإنها تعتد بأبعد الأجلين (عدة الوفاة وعدة وضع الحمل) فان وضعت قبل أربعة أشهر وعشرة أيام فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام من حين الوفاة . وإن مضت أربعة أشهر وعشرة أيام ولم تضع فعدتها لا تنتهي إلا إذا وضعت حملها — وماذهب إليه الجعفرية مروى عن علي وابن عباس رضي الله عنهما ، وذلك عملا بعموم الآيتين وهما قوله تعالى (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وقوله (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) . ولعل عليا وابن عباس لم يبلغهما حديث أم سلمة الذي أخذ به الحنفية، هذا ويشترط الحنفية والجعفرية في الحمل الذي تنتهي العدة بولادته أن يكون قد استبان خلقه ، أو بعض خلقه ، سواء أولد حيا أم ميتا ، فان لم يستبن شيء من خلقه بأن وضعت علقة أو مضغة غير مخلقة فلا يعتبر ذلك حملا ولا تنتهي به العدة .

٥ ـ تحول العدة من نوع إلى نوع :ـ

قد تبتدىء المرأة عدتها بنوع معين ، ثم يتغير حالها فيتغير نوع عدتها تبعا لذلك ، فامرأة تعتد بالأشهر ، ثم يتغير حالها فتعتد بالحيض ، وامرأة تعتد

بالحيض ثم يتغير حالها فتعتد بالأشهر ، وامرأة تعتد بثلاثه أشهر أو بثلاث حيضات فيطرأ عليها مايجعلها تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام — وبيان ذلك فى المسائل الآتية:

المسألة الأولى — من كانت عدتها ثلاثة أشهر إذا رأت دم الحيض قبل تمام الأشهر الثلاثة وجب عليها أن تستأنف عدة جديدة بثلاث حيضات عند الحنفية (١) ، وبثلاثة أطهار عند الجعفرية ، ولا عبرة بالأيام التى تربصتها بعد الفرقة وقبل رؤية الحيض ، لأن الأشهر كانت بدلا عن القروء ؛ وإذا وجد الأصل قبل تحقق البدل اعتبر الأصل وسقط اعتبار البدل .

أما إن رأت دم الحيض بعد تمام عدتها بالأشهر فليس عليها أن تستأنف عدة جديدة بالقروء، لأن البدل وهو الأشهر الثلاثة قد تحقق بتمامه قبل وجود الأصل وهو القروء فلا مجال لتحول العدة بعد ما تمت . . . نعم قد صارت المرأة من ذوات الحيض برؤيتها لدمه فاذا وجبت عليها عدة مستقبلة فإنها تعتد بالقروء لا بالأشهر .

المسألة الثانية — من كانت عدتها ثلاثة قروء لأنها من ذوات الحيض إذا استمر نزول الدم عليها بدون انقطاع بحيث لا يمكن أن تميز أيام طهرها من

---

(١) ظاهر الرواية من مذهب الحنفية أن الآية إن رأت الدم بعد ما بدات عدتها بالأشهر تستأنف العدة بثلاث حيضات وهذا مبنى على أن اليأس لا يقدر له وقت معين بل يكون بغلبة ظن المرأة ، فإن رأت الدم بعـد ذلك ظهر خطؤها فى ظنها وتبين أنها ليست آية فتبطل عدتها بالأشهر وتعتد بالقروء . وغير ظاهر الرواية أن الآيسة أن رأت الدم لا تنتقل عدتها إلى القروء ، وهـذا مبنى على أن اليأس له وقت معين فإذا بلغته ثم رأت الدم بعده لا يكون دم حيض فلا تنتقل عدتها إليه .

أيام حيضها ، ولم تكن لها عادة معروفة ، أو كانت لها عادة فنسيتها ، زاد الجعفرية وكانت عادة أقربائها وأقرانها مختلفة (وهذه تعرف عند الفقهاء بالمتحيرة) عدتها على المفتى به من مذهب الحنفية سبعة أشهر من وقت الفرقة (١) . وعند الجعفرية وبعض الحنفية عدتها ثلاثة أشهر من وقت الفرقة ، وهذا هو الظاهر المعقول .

المسألة الثالثة — من كانت من ذوات الحيض فابتدأت عدتها وحاضت مرة أو مرتين ، ثم بلغت سن اليأس تتحول عدتها إلى الأشهر وعليها أن تستأنفها بثلاثة أشهر كاملة (٢) . وقال الجعفرية : لو رأت المطلقة الحيض مرة ثم بلغت اليأس أكملت العدة بشهرين (٣) .

المسألة الرابعة — من كانت من ذوات الحيض بأن رأته ولو مرة واحدة لمدة ثلاثة أيام (وهى أقل مدة الحيض) ثم انقطع عنها واستمر طهرها بعد ذلك لغير حمل ولا يأس (وهذه تعرف عند الفقهاء بممتدة الطهر) ، تعتبر من ذوات الأقراء ولا تنتهى عدتها إلا بثلاث حيضات كوامل ، وليس لها أن تعتد بالأشهر لاحتمال عود الحيض إليها ، فإن لم تحض فلا تنقضى عدتها إلى أن تبلغ سن اليأس وحينئذ تتحول عدتها إلى الأشهر ويلزمها تربص ثلاثة اشهر كاملة بعد بلوغها سن اليأس .

---

(١) وذلك باحتساب ثلاث حيضات فى شهر باعتبار أن أقصى مدة الحيض عشرة أيام ، واحتساب ثلاثة أطهار فى ستة أشهر ، لكل طهر شهران ، أى أربعة أمثال أقل مدة للطهر وهى خمسة عشر يوما احتياطيا ، فهذه سبعة أشهر .

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٧٩ .

(٣) المختصر النافع ص ٢٢٤ .

هذا مذهب الحنفية وهو ماعليه العمل إلى الآن فى المحاكم السنية العراقية بالنسبة للعدة وما يتبعها من نفقة وميراث وغيرها .

أما فى مصر فقد رأى المشرع أن بعض النساء اتخذن من هذا الحكم طريقا لمكيدة الزوج وابتزاز ماله ، فكان منهن من تدعى كذبا امتداد طهرها لتحصل من الزوج على نفقة عدتها المزعومة ولو إلى بلوغها سن اليأس ، وكانت تصدق فى دعواها لأن أمر الطهر والحيض لا يعرف إلا من جهتها . . . وأخيرا انتهى العمل فى مصر إلى ما جاء فى المادة السابعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وهو أنه لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق .

. . . وبهذا القانون تعتبر عدة المرأة سنة واحدة بالنسبة لحق النفقة وحق الميراث ، أما بالنسبة لواقع الأمر وما يبنى عليه من حلها للإزواج وعدم حلها ، فهذا أمر مرجعه إلى المرأة وحدها ، وهى تصدق فى حق نفسها بما تقول إلا إذا ادعت أن عدتها انتهت وكانت المدة لا تحتمل ذلك على ماعرفت من قبل .

أما الجعفرية فقد ذهبوا إلى أن المراة التى رأت الدم مرة أو مرتين بعد الطلاق وقبل انقضاء ثلاثة أشهر ثم ارتفع عنها وانقطع لمرض أو غيره ، إن تمت أقراؤها قبل انقضاء السنة ، أو تبين أن المانع الحمل ووضعته قبل انقضاء السنة فقد تمت عدتها وإلا فيجب عليها ان تكمل عدتها سنة كاملة من حين الطلاق ، ولا يلزمها التربص إلى سن اليأس الذى هو ستون سنة فى القرشية وخمسون سنة فى غيرها (١) .

---

(١) الأحكام الجعفريه ص ٨٠ مادة ٣١٤ .

المسألة الخامسة — من طلقها زوجها وكانت عدتها ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر ثم مات عنها زوجها وهي في العدة، فهذه إما أن يكون طلاقها رجعيا وإما أن يكون بائنا .

فإن كان طلاقها رجعيا انهدمت عدة الطلاق بوفاته وعليها أن تستأنف عدة وفاة (أربعة أشهر وعشرة أيام) لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملكا ولا حلا ، فزوجيتها أثناء العدة قائمة من كل وجه ، فتدخل تحت قوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) .

وإن كان طلاقها بائنا أتمت عدة الطلاق ثلاثة قروء ، أو ثلاثة أشهر ، وليس عليها أن تستأنف عدة وفاة ، لأن الطلاق البائن يزيل الملك ،فزوجيتها حين الموت لا وجود لها ، فلا تشملها الآية السابقة . هذا إذا لم يكن الزوج فارا بإبانتها من ميراثها له ، فإن تبين أنه أبانها في مرض موته فرارا من ميراثها إياه ، ثم مات وهي في عدتها ورثته وكان عليها أن تعتد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق ، فإن حاضت ثلاث حيضات قبل تمام أربعة أشهر وعشرة أيام فعدتها إلى تمام هذه المدة ، وإن أتمت أربعة أشهر وعشرة أيام ولم تحض ثلاث حيضات لزمها أن تتربص إلى تمام الحيضة الثالثة ، وهذا هو مذهب أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعلة ماذهبا إليه أن المرأة بالنظر إلى أنها مبانة ليست زوجة فعدتها عدة المطلقات ، وبالنظر إلى أنها وارثة تكون في حكم الزوجة فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام ، فعملا بالاعتبارين يلزمها أن تعتد بأبعد الأجلين ، وأقل الأجلين داخل في أطولهما ، فصارت في واقع الأمر معتدة عدة طلاق وعدة وفاة .

وذهب أبو يوسف والجعفرية إلى أنها تعتد عدة الطلاق فقط لأنها بانت

منه فلم تكن زوجة له حين مات،واعتبار الزوجية قائمة فى حق الميراث لايلزم منه اعتبارها قائمة فى حق العدة اقتصاراً على موضع الضرورة .

٦ — حكم مالو تزوج الرجل مطلقته فى عدتها ثم طلقها :

إذا تزوج رجل بامرأة ودخل بها ، ثم طلقها طلاقا رجعياً ، ثم راجعها فى عدتها ودخل بها ثم طلقها مرة ثانية فعليها استئناف عدة بلا خلاف ، وكذا لو راجعها ولم يدخل بها ثم طلقها للمرة الثانية باتفاق الحنفية والجعفرية ، لأن العدة الأولى قد انقضت بالرجعة .

وإذا تزوج رجل بامرأة ودخل بها ، ثم طلقها طلاقا بائنا دون الثلاث ، ثم تزوجها فى عدتها ودخل بها ، ثم طلقها بعد ذلك ، كان عليها عدة مستأنفة ولها كل المهر باتفاق .

وإن تزوجها فى عدتها ولم يدخل بها ، ثم طلقها بعد ذلك ، فمذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ، وأصح مانقل عن الجعفرية أن عليها عدة مستقبلة ، ولها كل المهر ، لأن المرأة فى يد الزوج حقيقة بالنكاح الأول الذى بقى أثره وهو العدة ، فإذا تزوجها المرة الثانية وهى فى العدة فقد تزوجها وهى تحت يده ، فينوب القبض الأول عن القبض الثانى المستحق بالنكاح الجديد ، فكانت لهذا مطلقة بعد الدخول فتستحق المهر كاملا ، ويلزمها عدة مستقبلة .

وذهب محمد إلى أن عليها إتمام العدة الأولى لاغير ، ولها نصف المهر ، لأن الطلاق الثانى فى حقيقة أمره طلاق قبل الدخول ، والطلاق قبل الدخول بنصف المهر ولا يوجب عدة ، وإكمال العدة الأولى إنما يجب بالطلاق الأول إلا أنه لم يظهر حال التزوج الثانى لعدم اختلاط المياه لأن الزوج فى الحالين

واحد ، فإذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثانى كالمعدوم وظهر حكم النكاح الأول فيلزمها إكمال عدته (١) .

وذهب زفر إلى أنه لاعدة عليها أصلا ، لأن العدة الأولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود ، والعدة الثانية لم تجب ، لأنه لاعدة لمطلقة قبل الدخول ، ولا يلتفت لهذا المذهب لأنه ظاهر الفساد ، والفتوى على ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف والجعفرية ، وإن كان رأى محمد أوضح مسلكاً وأقوى دليلا .

٧ — تداخل العدتين :

قد تجب على المرأة عدة ، ثم تجب عليها عدة أخرى لسبب آخر . وذلك كامرأة معتدة من طلاق وطئت وهى فى عدتها بشبهة ، فإنه يجب عليها عدة أخرى بسبب الوطء ، وهذه حكمها مختلف فيه بين الحنفية والجعفرية :

فمذهب الحنفية : أنه تتداخل العدتان ، سواء أكانتا من رجل واحد أم من رجلين ، وسواء أكانتا من جنس واحد أم من جنسين مختلفين (٢) .

ومذهب الجعفرية : أن كل موضع تجتمع فيه على المرأة عدتان فإنهما لاتتداخلان بل تأتى بكل واحدة منهما على الكمال (٣) .

٨ — مبدأ العدة ونهايتها :

أولا — مبدأ العدة :

مبدأ العدة يختلف باختلاف موجبها ، فإن كانت الفرقة عن نكاح صحيح

---

(١) انظر العناية (هامش فتح القدير) جـ ٣ ص ٢٨٨ .
(٢) العناية (هامش فتح القدير) جـ ٣ ص ٢٨٣ .
(٣) مسائل الخلاف جـ ٢ ص ١٢٢ — ١٢٣ .

بموت ولو قبل الدخول ، أو بطلاق أو فسخ بعد الدخول فبدؤها فور الفرقة ولا تتوقف على علم المرأة ، فمن مات زوجها أو طلقها فلم تعلم بذلك إلا بعد مدة فعدتها من حين الفرقة لا من حين العلم ، وعلى هذا فقد تبدأ عدة المرأة وتنتهى وهى لا تعلم بذلك .

والمفتى به — عند ظن التواطؤ — أنه إذا ثبتت الفرقة بحجة متعدية كأن أقام الزوج بينة على أنه طلقها من زمن كذا ، وقضى القاضى بذلك فالعدة تبدأ من الوقت الذى أسند إليه الطلاق . وإذا ثبتت الفرقة بحجة قاصرة ، كأن أقر الزوج أنه طلقها من زمن كذا ولم يقم بينة على ذلك فالعدة تبدأ من وقت إقراره لا من الوقت الذى أسند إليه الطلاق فقد يكون الزوجان متواطئين على ذلك ليثبت انتهاء عدتها وأنها صارت أجنبية عنه فيصح إقراره لها بالدين حال مرضه ، وغير ذلك كثير من الأغراض التى لا تتحقق مع قيام الزوجية .

وإن كانت الفرقة عن نكاح فاسد بعد الدخول فبدؤها من وقت موته مباشرة إن كان قد مات عنها قبل مفارقتها ، وإلا فمن وقت تفريق القاضى بينهما أو متاركته لها ، وذلك بأن يصرح بعزمه على ترك وطئها .

وإن كانت الفرقة عن وطء بشبهة فيبدأ العدة من آخر الوطآت عند زوال الشبهة على ما استظهره ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار حـ ٢ ص ٦٢٧ — ٦٢٨ - هذا مذهب الحنفية .

أما الجعفرية فمذهبهم أن مبدأ العدة بعد الطلاق أو الفسخ فى النكاح الصحيح ، وبعد التفريق أو المتاركة فى النكاح الفاسد ، وبعد موت الزوج الحاضر مباشرة ، وتنقضى العدة ولو لم تعلم المرأة بالطلاق أو الفسخ أو الموت

وأما العدة من وفاة الزوج الغائب فمن حين بلوغ الخبر . وفى وطء الشبهة من حين الوطء لا من حين ارتفاع الشبهة .

قالوا : ولو أقر الزوج بطلاقها منذ زمان ماض ولم تقم على ذلك بينه قبل إقراره فى حق نفسه وترتب على ذلك آثاره بالنسبة له ، وأما فى حقها وبالنسبة إليها فالعدة وسائر الآثار تعتبر من وقت الإقرار إن وقع فى حال يملك فيه الطلاق بأن تكون طاهرة مستبرأة (١) .

ثانيا ـ منتهى العدة :

ومنتهى العدة يختلف باختلاف نوعها :

فإذا كانت العدة بالأشهر فانتهاؤها بغروب شمس آخر يوم منها مع مراعاة الخلاف السابق فى اعتبار الأشهر بالأهلةأو بالأيام إذا ماوقعت الفرقة فى أثناء الشهر .

وإذا كانت العدة بالقروء ، فعلى مذهب الحنفية الذين يفسرون القروء بالحيض ويقولون لابد من ثلاث حيضات كوامل ، تنتهى العدة بمجرد انقطاع دم الحيضة الثالثة إن انقطع لتمام عشرة أيام وهى أكثر مدة الحيض ، وإن انقطع لأقل من عشرة أيام فلا تنتهى العدة إلا إذا اغتسلت ، أو تيممت وصلت ، أو صارت الصلاة دينا فى ذمتها .

ومن ادعت أن عدتها انقضت بثلاث حيضات كوامل صدقت فى دعواها إذا كانت المدة من وقت الفرقة إلى نهاية الحيضة الثالثة تحتمل ذلك . وأقل مدة

---

(١) انظر الأحكام الجعفرية ص ٨١ — ٨٢ ، ومسائل الخلاف حـ ٢ ص ١٢٠ — ١٢١ ، والاستبصار حـ ٣ ص ٣٥٣ وما بعدها .

تصدق فيها المرأة ستون يوما على ماذهب إليه أبو حنيفة ، وهو المفتى به وتسعة وثلاثون يوماً على ماذهب إليه أبو يوسف ومحمد .

وعلى مذهب الجعفرية الذين يفسرون القروء بالأطهار ويعتبرون الطهر الذى طلقت فيه من العدة ، تنتهى العدة بمجرد رؤية الدم من الحيضة الثالثة بعد الفرقة . وأقل مدة تصدق فيها المرأة إذا ادعت انقضاء عدتها بالأطهار ستة وعشرون يوما ولحظتان ، وليست اللحظة الثانية من العدة بل هى أمارة الخروج منها (١) .

وإذا كانت العدة بوضع الحمل فإن كان توأمين أو أكثر فنهاية عدتها بوضع آخر التوأمين أو التوائم باتفاق الحنفية والجعفرية لأن الحمل اسم لجميع مافى البطن (٢) .

وإن كان الحمل واحدا فنهاية عدتها بنزول أكثره عند الحنفية لأن للأكثر حكم الكل (٣) . وعند الجعفرية تنتهى بنزوله كله (على مافهمته من ظاهر عبارتهم) .

٩ — مايجب على المعتدة وما يجب لها : —

---

(١) المختصر النافع ص ٢٢٤ .

(٢) أنظر البحر الرائق ﺣ ٤ ص ١٣٥ ، ومسائل الخلاف ﺣ ٢ ص ١٢٠ .

(٣) بنى الحنفية على هذا أن من طلقت رجعيا وهى حامل لو راجعها زوجها قبل نزول أكثر الحمل صحت الرجعة ، ولو راجعها بعد نزول أكثره لا تصح ، كما أنه لو نزل أكثره حيا ورث ، ولو مات قبل نزول أكثره لايرث ، واختلفوا هل تحل للإزواج بنزول أكثره أو لاتحل إلا بنزوله كله ؟ قولان، ورجح العمل بالثانى احتياطيا — انظر البحر الرائق ﺣ ٤ ص ١٣٥ .

أولا — مايجب عليها :

أ — القرار فى بيت الزوجية :

يجب على المعتدة من طلاق أو فسخ أو وفاة بعد زواج صحيح أن تقضى زمن العدة فى بيت الزوجية التى كانت تسكنه وقت الفرقة حتى لو كانت خارج البيت وقت وقوع الفرقة كان من واجبها أن تعود إليه فوراً ، وفى هذا يقول الله تعالى (لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة).

وليس للمعتدة أن تنتقل إلى مسكن آخر إلا بعذر كخوفها على نفسها أو مالها ، وإن وجد مايدعو إلى نقلها إلى غير بيت الزوجية فإن كانت معتدة وفاة وجب عليها أن تسكن فى أقرب بيت إلى بيت الزوجية وإن كانت معتدة طلاق تسكن حيث يسكنها مطلقها .

وللمعتدة من وفاة أن تخرج لكسب نفقتها وقضاء حوائجها لأنه ليس لها نفقة ولا زوج يقوم على شئونها . والمعتدة من طلاق أو فسخ أن تخرج لمثل ما تخرج له الزوجة ، ولا تخرج لغير ذلك لأن زوجها يقوم بشأنها فلا ضرورة تدعو لخروجها — هذا مذهب الحنفية .

أما الجعفرية فقد ذهبوا إلى أن المعتدة من طلاق رجعى تعتد وجوبا فى بيت الزوجية التى كانت تسكنه وقت الطلاق . ومعتدة الوفاة لايجب عليها ذلك بل يستحب . ومن طلقت أو مات عنها زوجها وهى فى غير مسكن الزوجية عادت إليه فوراً ، ولا تتحول إلى بيت آخر إلا لعذر ، فإن قام العذر تحولت معتدة الوفاة حيث شاءت ، وتحولت معتدة الطلاق إلى حيث يشاء الزوج ، ولا تخرج معتدة الطلاق الرجعى من بيتها إلا لضرورة ، وللمعتدة الوفاة الخروج لقضاء مصالحها . أما المعتدة من طلاق بائن فلها أن تعتد حيث تشاء .

ب — الحداد :

ويجب على المعتدة من طلاق بائن ، أو من وفاة بعد زوجية صحيحة أن تحد على زوجها مدة عدتها ، وذلك بأن تترك الزينة بكل ألوانها ، إظهارا للأسف على مافاتها من نعمة الزواج ، ولأن فى ترك زينتها قطعا لأطماع الراغبين فيها وهى — كما عرفت من قبل — ممنوعة عن الزواج بل عن الخطبة فى عدتها ، وفوق هذا فهو واجب خلق من باب الوفاء لزوجها ، ثم هو بعد هذا كله أدب محض يتمشى مع الطبائع السليمة ، ولذا يقرر الفقهاء أنه حق للشرع ولا يملك أحد إسقاطه ، حتى لو كان مطلقها نهاها عن الحداد ، أو أوصاها زوجها قبل وفاته بتركه ما كان لها أن تتركه .

أما المطلقة طلاقا رجعيا فلا يجوز لها أن تحد ، بل يستحب لها أن تتزين ماشاءت ، لأن زوجيتها لاتزال قائمة ، وفى زينتها إغراء للزوج بمراجعتها .

وليس على صغيرة ، ولا كبيرة لاتعقل ، ولا على معتدة من طلاق فاسد أو وطء بشبهة حداد — هذا مذهب الحنفية .

وذهب الجعفرية إلى أنه لا حداد إلا على من مات عنها زوجها بعد نكاح صحيح ، لأن وفاته مدعاة لذلك . أما المعتدات لغير وفاة فلا وجه لإحدادهن وبخاصة المعتدة من طلاق بائن لأن زوجها هو الذى فارقها باختياره ، فلا معنى لأن تكلف الأسف على فراقه بعد ما عافها وتحول عنها .

ثانيا — مايجب لها :

ويجب للمعتدة النفقة بأقسامها الثلاثة على تفصيل وخلاف سبق بيانه فارجع إليه فى ص ١٩٨ وما بعدها من الكتاب .

القسم الثالث

في

النسب وتوابعه

النسب وتوابعه

تمهيد

حقيقة الأسرة تتكون من الزوج والزوجة والأولاد، وسبق أن تكلمنا فى القسم الأول من الكتاب عن العقد الذى يربط بين الزوجين وما يترتب عليه من حقوق لكل منهما قبل صاحبه ، ثم تكلمنا فى القسم الثانى عن الفرق التى ترد على عقد الزواج وما يترتب عليها من آثار . وفى هذا القسم (الثالث) نتكلم عن الأولاد الذين هم ثمرة الزوجية ، وسنتناول الكلام عنهم من ناحية ثبوت نسبهم ، ثم من ناحية مالهم من حق الرضاعة ثم من ناحية مالهم من حق الحضانة ثم من ناحية مالهم من حق النفقة ، وسنفرد لكل ناحية من هذه النواحى الأربع بابا على حدة ، وسنرى بعد ذلك كله أن الله لم يترك الأسرة هملا ، بل أحاطها بعنايته ، وشملها برعايته ، وشرع لها من الأحكام مافيه سعادتها وخيرها ، وبالتالى مافيه سعادة الأمة وخير المجتمع .

الباب الأول

فى ثبـــوت النسب

يثبت النسب بواحد من أمور ثلاثة ١ – الفراش ٢ – الإقرار ٣ – البينة . وسنفرد لكل طريق من طرق الإثبات الثلاثة فصلا مستقلا .

الفصل الأول

فى : ثبوت النسب بالفراش

١ – تعريف الفراش ٢ – حكمه ٣ – ماينبنى عليه ثبوت النسب بالفراش ٤ – ثبوت النسب فى الزواج الصحيح ٥ – ثبوت النسب فى الزواج الفاسد ٦ – ثبوت النسب فى الوطء بشبهة . ٧ – ثبوت النسب فى الطلاق قبل الدخول ٨ – ثبوث النسب فى الطلاق بعد الدخول ٩ – ثبوت النسب بعد وفاة الزوج .

١ – تعريف الفراش : –

الفراش هو قيام الزوجية الصحيحة حين ابتداء الحمل ، ويلحق به الدخول بالمرأة بناء على عقد فاسد أو وطء بشبهة ، وعرفه بعض الفقهاء بأنه تعين المرأة للولادة لشخص واحد (١) .

---

(١) يلاحظ أن التعريف الأول لايشمل فراش الأمه، والثانى يشمله . والفراش على ماذكره ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختـــار حـ ٢ ص ٦٤٧ على أربع مراتب : ضعيف : وهو فراش الأمة ، لا يثبت النسب فيه إلا بالدعـــوى ، ومتوسط : وهو فراش ام الولد فإنه يثبت فيه بلا دعوى لـــكنه ينتفى =

٢ — حكمه :ـ

وحكم الفراش ثبوت النسب من صاحبه وهو الزوج بدون حاجة إلى إقرار أو بينة ، وفى الوطء بشبهة لايثبت النسب عند الحنفية إلا إذا ادعاه ، وعند الجعفرية يثبت إذا اعترف بالوطء . أما الزنى فلا يثبت به النسب إذا ادعاه وصـــرح بأنه من الزنى ، فإن ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنى ثبت النسب .

والعلة فى ثبوت النسب بالفراش دون توقف على إقرار أو بينة هى أن عقد الزواج يقتضى اختصاص الزوجة بزوجها فهى له وحده ، وليس لغيره أن يستمتع بها ، ونتيجة هذا أنها إن جاءت بولد فهو من زوجها ، واحتمال علوقها بالولد من غيره احتمال غير مقبول لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح ، والظن لايغنى من الحق شيئاً .

والعلة فى أن الوطء بشبهة لا يثبت به نسب (عند الحنفية) إلا إذا ادعاه الواطىء هى أن الشبهة التى ترتب عليها وطوؤه لها أثبتت شبهة فراش ، وشبهة الفراش لا تكفى وحدها لثبوت النسب بل لابد من أن تتقوى بدعواه .

والعلة فى أن الزنى لايثبت به نسب هى أن الزنى جريمة تستوجب نقمة ، فكيف يثبت به النسب والنسب فضل من الله ونعمة ؟ .

والأصل فيما تقدم قوله عليه الصلاة والسلام (الولد للفراش

= بالنفى ، وقوى : وهو فراش المنكوحة ومعتدة الرجعى فإنه فيه لاينتفى إلا باللعان ، وأقوى : كفراش معتـــدة البائن فإن الولد لاينتفى فيه أصلا لأن نفيه متوقف على اللعان وشرط اللعان الزوجية .

وللعاهر الحجر) (١)

٣ - ماينبنى عليه ثبوت النسب بالفراش .

وينبنى ثبوت النسب بالفراش على أصول ثلاثة وهى :

أولا إمكان الحمل الزوجة من زوجها فلو كان الزوج صغيرا بحيث لايتصور أن تحمل منه زوجته لكونه دون البلوغ والمراهقة لا تعتبر زوجيته فراشاً يثبت به النسب باتفاق . ولو كان الزوج لم يلتق قط بزوجته من حين العقد لا تعتبر زوجيته فراشاً يثبت به النسب عند الجعفرية ، وهذا ما جرى عليه العمل فى المحاكم المصرية ، لأنه مع ثبوت عدم التلاقى بين الرجل وزوجته لايتصور عادة أن يكون حملها منه ، وخالف الحنفية ، فقالوا لو تزوج مشرق بمغربية ولم يعرف أنهما تلاقيا قط ثم جاءت الزوجة بولد ثبت نسبه من زوجها لوجود الفراش الصحيح ، وتصور إمكان التقائهما عقلا (٢) .

ثانياً - ألا تأتى به الزوجة لأقل من ستة أشهر من وقت العقد فى النكاح الصحيح ، ومن وقت الوطء فى النكاح الفاسد عند الحنفية ، ومن وقت الوطء فى كل من الصحيح والفاسد عند الجعفرية ، وذلك لأن أقل مدة الحمل باتفاق ستة أشهر أخذاً من قوله تعالى فى شأن المولود (. . . وحمله وفصاله

---

(١) معنى الحديث أن الولد ينسب لصاحب الفراش وهو الزوج ، أما العاهر وهو الزانى فلا حق له فى الولد لو نازع فيه ، والعرب تقول لمن لم ينل خيراً : بيده التراب ، أو له الحجر ، ويجوز أن يكون معناه أن الزانى يرجم بالحجارة حداً وجزاء له على جريمته إن كانت تستوجب الرجم .

(٢) راجع حاشية ابن عابدين على الدر المختار ح ٢ ص ٦٤٧ ، وفتح القدير ح ٣ ص ٣٠١ .

ثلاثون شهراً) مع قوله (. . وفصاله فى عامين) لأنه بعد مدة الفصال (أى الفطام) وهى ثلاثون شهراً يبقى للحمل وحده ستة أشهر وهى أقل مدة يتم فيها تكامل خلق الجنين حتى يولد حياً .

ثالثاً — ألا تأتى به لأكثر من عامين من وقت العقد فى النكاح الصحيح، ومن وقت الوطء فى الفاسد عند الحنفية لأن أقصى مدة للحمل عندهم سنتان. لما روى أن عائشة رضى الله عنها قالت : لايبقى الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل) قالوا وهذا قول ليس للرأى فيه مجال فلا بد من أن تكون قد سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وعند الجعفرية ألا تأتى به لأكثر من تسعة أشهر ، أو عشرة،أو سنة من حين الوطء فى كل من النكاح الصحيح والفاسد ، على ما روى عنهم من أقوال فى أكثر مدة الحمل . (١)

والمالكية قالوا : أكثر مدة الحمل خمس سنين ، والشافعية قالوا : أكثره أربع سنين ، وهو قول آخر للمالكية ، وهناك من قال : أكثره سبع سنين ، والحق أن هذه تقديرات تقوم على ادعاء وقوع حالات بقى الحمل فيها إلى نهاية هذه المدد ، وقد يكون هناك خطأ أو اشتباه .

ومهما يكن من خلاف فى أكثر مدة الحمل ، فأهل السنة والجعفرية متفقون على أن الحمل فى الغالب لا يزيد عن تسعة أشهر وهذا هو الذى يؤيده الواقع ، وقد قرر الأطباء أن أقصى مدة يمكنها الحمل فى بطن أمه هى سنة كاملة عدتها ٢٦٥ يوماً ، ومع هذا فلا يزال العمل فى المحاكم السنية

---

(١) قال صاحب المختصر النافع فى ص ٢١٦ عن تقدير أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر أنه حسن ، وعن تقديره بسنة أنه متروك .

العراقية إلى يومنا هذا يجرى على مذهب الحنفيـة من أن أقصى مدة الحمل سنتان ، أما فى مصر فقد رأى المشرع أن الأخذ بمذهب الحنفية — وهو أن أقصى مدة الحمل سنتان — مكن أصحاب الذمم الفاسدة والضمائر الخـربة من ادعاء نسب أولاد لغير آبائهم ، ورأى أن تقدير الحنفية لأكثر مدة الحمل وتقدير غيرهم ممن زادوا على مذهب الحنفية تقدير لا يستند إلى دليل من الكتاب أو السنة الصحيحة ، كما أنه لا يتفق مع الواقع المشاهد ، ولا مع ماقرره الأطباء — وهم أهل الذكر فى هذا — رأى المشرع المصرى هذا كله ، ورأى أن ما قرره الأطباء قريب كل القرب من مذهب الجعفرية ومن مذهب محمد بن عبد الحكيم الذى يرى أن أقصى مدة للحمل سنة قمرية فنص فى المادة الخامسة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه (لاتسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة .

هذه هى الأصول الثلاثة التى ينبنى عليها ثبوت النسب بالفـراش وحده وعليها يمكن أن نفرع الأحكام الآتية :

ا — ثبوت النسب حال قيام الزواج الصحيح :

إذا ولدت الزوجة حال قيام الزواج الصحيح ولداً لأقل من ستة أشهر (من وقت العقد عند الحنفية ، ومن وقت الدخول عند الجعفرية) لايثبت نسبه من زوجها لوجود الحمل قبل العقد أو قبل الدخول بيقين فلم تـكن المرأة وقت العلوق به فراشاً لزوجها حتى يثبت النسب .. ولكن إذا ادعاه الزوج ثبت نسبه بالدعوى لا بالفراش بشرط ألا يصرح بكونه من الزنى ولو كانت الظواهر تكذبه عند الحنفية ، وعند الجعفرية بشرط ألا يصرح

بكونه من الزنى ، وإلا يعلم كذبه ، ويحمل ذلك على أنه اتصل بها من قبل بناء على عقد سرى أو شبهة ، تصحيحاً لإقراره ، وحملا لحاله على الصلاح ، وصونا للولد من الضياع .

وإذا ولدته لستة أشهر فأكثر ثبت نسبه من زوجها اعترف به أو سكت ، وليس له نفيه إلا بشرطين (أولهما) ألا يكون منه إقرار سابق بنسبه ولو ضمنا (ثانيهما) أن يلاعن زوجته على نفى الولد ، وبعد الملاعنة يلحق الولد بأمه ولا يعتبر نسبه متصلا بالزوج إلا فى مسائل بيناها فى اللعان كما أنه لايلحق بغير الملاعن لو ادعاه ، لاحتمال أن يكذب الزوج نفسه ويعترف بنسبه على ماعرفت من قبل .

ب — ثبوت النسب حال قيام الزواج الفاسد : —

إذا ولدت الزوجة حال قيام الزوجية الفاسدة (أى قبل المتاركة) ولدا لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول الحقيق لايثبت نسبه من الزوج (١) . وإذا ولدته لستة أشهر فأكثر ثبت النسب ولا يمكن نفيه ، لأن النفى لايكون إلا بالملاعنة ، ولا لعان فى الزواج الفاسد .

وإذا ولدته بعد المتاركة لأقل من سنتين من تاريخ الفرقة عند الحنفية ، ولأقل من تسعة أشهر أو عشرة عند الجعفرية ثبت نسبه مادامت قد جاءت به لستة أشهر من وقت الدخول الحقيق . وإذا ولدته لأكثر من ذلك لا يثبت النسب .

---

(١) فى حاشية ابن عابدين على الدر المختار ح ٢ ص ٦٢٣ — ٦٢٤ أن احتساب مدة الحمل من وقت الدخول هو رأى محمد وهو المفتى به ، ورأى أبى حنيفة وأبى يوسف أن مدة الحمل تحتسب من وقت العقد قياسا على الصحيح ، قال : والمشايخ افتوا بقول محمد لعدم صحة القياس المذكور .

جـ - ثبوت النسب بعد الوطء بشبهة : —

الشبهة ثلاثة أنواع :

١ — شبهة فى الحكم ، ويقال لها شبهة فى الملك ، وذلك كمن وطىء جارية ابنه وهو يرى حلها له ، أخذا بظاهر قوله عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لأبيك) .

٢ — شبهة فى العقد ، وذلك كمن عقد على امرأة ودخل بها ثم تبين له أنها أخته فى الرضاع .

٣ — شبهة فى الفعل ، وذلك كمن دخل بامرأة زفت إليه على أنها زوجته ثم تبين له أنها غيرها .

فمن دخل بامرأة بناء عن شبهة من هذه الشبه فجاءت بولد لايثبت نسبه منه إلا إذا ادعاه ، ذلك لأن الوطء عن شبهة يثبت شبهة الفراش لا غير ، وشبهة الفراش قاصرة عن أن يثبت بها وحدها نسب ، فاذا انضم إليها الدعوى تقوت وثبت النسب .

وذهب الجعفرية إلى أن الموطوءة بشبهة إن جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر بحيث لايزيد عن تسعة أشهر من حين الوطء يثبت نسبه من الواطىء بعد اعترافه بالوطء .

د - ثبوت النسب فى الطلاق قبل الدخول : —

إذا ولدت المطلقة قبل الدخول ولدا لستة أشهر من وقت العقد ولأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه من زوجها لإمكان الحمل به منه وقت الفراش. وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العقد ، وبالضرورة لأقل منها من وقت الطلاق لايثبت نسبه لتحقق علوقها به قبل الفراش وإن

جاءت به لستة أشهر من وقت الطلاق لا يثبت نسبه منه، لأنها مبانة وليس لها عدة حتى يقال لعله اتصل بها فى عدتها لشبهة .

ويرى الجعفرية : أنه لا يثبت نسب ولد المطلقة قبل الدخول، لأنه مع عدم الدخول لا يتصور كون الحمل منه .

(هـ) ثبوت النسب فى الطلاق بعد الدخول : —

المطلقة بعد الدخول إذا لم تقر بانقضاء عدتها وجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه من مطلقها، رجعياً كان الطلاق أو بائناً .

وإن جاءت به لسنتين فأكثر من وقت الطلاق فإن كان الطلاق رجعياً ثبت نسبه من مطلقها أيضاً، ويحمل ذلك على أن زوجها خالطها فى العدة، ويكون بذلك قد راجعها، وإن كان الطلاق بائنا فلا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه، لأن حملها به كان بعد زوال الفراش، ويحمل ادعاؤه نسبه على أنه خالطها بشبهة .

وقال الجعفرية : المطلقة بائنا أو رجعيا يثبت نسب ولدها من زوجها إن ولدته لتسعة أشهر، أو لعشرة، أو لسنة من حين الوطء . ولو نفاه لاعن، وإن ولدته لأكثر من ذلك انتفى بغير لعان ولا يجوز له أن يلحقه بنفسه، ولو ادعاه ألحق به إن لم يعلم كذبه .

أما إذا أقرت المطلقة بعد الدخول بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الإقرار فلا يثبت نسبه من زوجها سواء أكان الطلاق رجعياً أم بائنا لإمكان أن يكون الحمل من غيره بعد العدة . وإن ولدته لأقل من ستة أشهر من تاريخ إقرارها بانقضاء عدتها ثبت نسبه، لأنها وقت الإقرار بانتهاء العدة كانت حاملا بيقين فتكون كاذبة في دعوى انقضاء العدة .

(و) ثبوت النسب بعد وفاة الزوج : —

المتوفى عنها زوجها إن لم تقر بانقضاء عدتها بأن ادعت الحمل ثم جاءت بولد لأقل من سنتين من تاريخ الوفاة ثبت نسبه من زوجها لقيام الفراش حين علوقها به . وإن جاءت به لسنتين فأكثر لا يثبت نسبه لتيقن علوقها به بعد الموت .

وإن لم تدع حملا وأقرت بانقضاء عدتها بمضى أربعة أشهر وعشرة أيام ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت انقضاء عدتها الذى زعمت ثبت نسبه لإمكان علوقها به قبل وفاته ، وتكون كاذبة فى دعوى انقضاء عدتها . وإن جاءت بولد لستة أشهر فأكثر من وقت انقضاء عدتها فلا يثبت نسبه لإمكان حملها من غير زوجها بعد العدة .

وقال الجعفرية : المتوفى عنها زوجها إذا جاءت بولد لتسعة أشهر من حين الوفاة أو لعشرة أو لسنة ثبت نسبه ، وإذا جاءت به لأكثر من ذلك فلا يثبت نسبه ولا تقبل دعوى الورثة لو ادعوه .

الفصل الثانى

فى : ثبوت النسب بالإقرار

الإقرار بالنسب قسمان : إقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير ، وإقرار فيه تحميل النسب على الغير .

أما القسم الأول وهو الإقرار الذى ليس فيه تحميل النسب على الغير فإنه لا يتوقف ثبوت النسب فيه من المقر على ثبوته من غيره بل يثبت أولا فى حق المقر ثم يسرى منه إلى غيره ، وذلك كالإقرار بالأبوة أو البنوة ،

وعلى هذا فإذا أقر رجل لغلام بأنه ابنه ثبتت بنوته له ، وكان بينهما من الحقوق والواجبات ما يكون بين الآباء والأبناء ، ولكن لابد لثبوت النسب من شروط أربعة :

الشرط الأول : أن يكون المقر له مجهول النسب ، فلو كان معروف النسب لا يصح الإقرار لأنه لا يصادف محلا ، ولا يعقل أن يكون للشخص الواحد أبوان ، والنسب الثابت من قبل لا يرتفع بمجرد الإقرار .

الشرط الثاني : أن يولد مثله لمثله ، فإن تقاربت السن بحيث لا يعقل أن يكون المقر أباً للمقر له ، كأن كان عمر المقر ثلاثين سنة ، وعمر المقر له خمسا وعشرين فإنه لا يثبت النسب لأن الواقع يكذبه .

الشرط الثالث : أن يصدق المقر له المقر إن كان مميزاً ، لأن الإقرار فيه دعوى على الغير ، إذ المقر يدعى لنفسه الأبوة ، ويدعى على المقر له البنوة ، والدعوى على الغير لا تثبت إلا ببينة أو مصادقة . أما غير المميز فلا تشترط مصادقته لأنه ليست له عبارة معتبرة شرعاً ، فيكفى إقرار المقر ويعتبر المقر له مصادقاً تقديراً ، لأن مصلحته فى أن يكون ثابت النسب ، ولو كان مميزاً ما وسعه إلا أن يصادق .

وقال الجعفرية لا تشترط مصادقة من دون البلوغ ولو كان مميزاً ، وتشترط مصادقة البالغ .

الشرط الرابع : ألا يذكر أنه ابنه من الزنى .

هذه هى الشروط التى لابد من توافرها حتى تثبت البنوة بالإقرار .. ولكن هل يلزم — إذا ثبتت البنوة — أن تكون أم هذا الولد زوجة للمقر ؟

قال الحنفية : لا يلزم لاحتمال أن يكون الولد ثمرة عقد فاسد ، أو مخالطة بشبهة ، أو أن يكون ثمرة زوجية صحيحة قد انتهت ولم تعد قائمة ، غير

أنهم قالوا : إذا مات المقر بالبنوة ، وكان الإقرار معتبراً شرعاً ، وكانت أمومة المرأة معروفة مستفيضة فادعت أنها زوجة للميت حكم لها بالزوجية ، وبالتالى حكم لها بالميراث ما لم يمنع منه مانع ، لأن الظاهر أن يكون الولد ثمرة نكاح صحيح إذ هو المتعين لذلك وضعاً وعادة . واحتمال كون الولد ثمرة عقد فاسد أو وطء بشبهة احتمال ضعيف لا يلتفت إليه فى مقابلة الظاهر القوى واحتمال انتهاء زوجيتها لا يلتفت إليه أيضاً ، لأنه إذا ثبت النكاح وجب الحكم ببقائه ما لم يتحقق زواله بيقين .

وقال الجعفرية : إن نازعها الورثة وقالوا إنها لم تكن زوجة لا ترث ، ولو صدقوها فى دعواها ورثت .

وإذا أقرت امرأة ببنوة غلام ثبتت بنوته بشروط ثلاثة أن يكون مجهول النسب أى ليست له أم معروفة ، وأن يولد مثله لمثلها ، وأن يصدقها فى إقرارها إن كان مميزاً عند الحنفية ، وإن كان بالغاً عند الجعفرية . هذا إذ لم تكن زوجة ولا معتدة فإن كانت زوجة أو معتدة فلابد من شرط رابع وهو تصديق الزوج أو البينة (١) . وإذا ذكرت المرأة أنه ابنها من سفاح فلا يبطل إقرارها ببنوته لها لأن ولد الزنى يثبت نسبه من أمه .

---

(١) إذا كان الفراش قائماً فليس للزوج أن ينكر بنوة الغلام الذى أقرت به زوجته ، وإذا أنكره ولم يكن منه اعتراف من قبل فلا ينتفى إلا بالملاعنة — وإذا أنكر الزوج الولادة حال قيام الزوجية فإن كان الحبل ظاهراً بوضوح ، أو كان الزوج معترفاً به من قبل ثبتت ولادتها بقولها ، وإذا لم يكن بها حبل ظاهر ولم يسبق من الزوج اعتراف بحبلها تثبت ولادتها بشهادة القابلة باتفاق الحنفية . وإذا كانت الزوجة معتدة من طلاق أو من وفاة وادعت الولادة فأنكرها الزوج أو الورثة فإن كان حبلها ظاهراً بوضوح أو كان من الزوج أو من أحد ورثته اعتراف بحبلها من قبل كفى لإثبات ولادتها شهادة القابلة ، وإذا لم يكن بها حبل=

وإذا أقر شخص لرجل بأنه أبوه أو لامرأة بأنها أمه صح إقراره بشروط أربعة ، أن يكون المقر مجهول النسب ، وأن يولد مثله لمثل المقر له ، وأن يصدقه المقر له . وألا يقول — عند دعوى الأبوة — إنه أبوه من الزنى ، وفي دعوى الأمومة لا يبطل إقراره إن قال إنها أمه جاءت به من سفاح .

واعلم أن من أقر بنسب شخص ثم أنكر أنه أقر فأقيمت بينة على إقراره ثبت إقراره بالبينة وحكم بالنسب بناء عليه ... ولكن المشرع المصرى نظر لتدليس بعض الناس فانتهى إلى أنه (لا تقبل دعوى الإقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعدها ، ولا الشهادة به إلا إذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء ، أو كان مكتوباً وعليه إمضاء المقر أو ختمه ، أو وجدت كتابة تدل على صحته) .

هذا — ولابد من أن نفرق هنا الإقرار بالبنوة والتبنى ، فالإقرار بالبنوة هو اعتراف لشخص مجهول النسب بأنه ابنه حقيقة وأنه خلق من

= ظاهر ولم يكن منه أو من أحد الورثة اعتراف به فلابد من شهادة كاملة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبى حنيفة لأن النكاح قد انتهى بانتهاء العدة بالولادة فتكون أجنبية عن الزوج ، ودعوى ثبوت النسب من الأجنبى لا تثبت إلا ببينة كاملة . وقال أبو يوسف ومحمد تثبت الولادة بشهادة القابلة على أية حال لأن النكاح آثاره باقية فى عدة الطلاق والوفاة ، والزوجة حين ولدت لم تكن أجنبية عن زوجها وقد ولدت على فراشه فيكفى شهادة القابلة — وإذا اعترف الزوج حال قيام الزوجية أو العدة بالولادة ولكنه أنكر أن يكون ما ادعته هو المولود بعينه بأن قال إنها ادعت ولداً ذكراً وقد ولدت بنتاً ، أو قال إن الولد قد نزل ميتاً وهى تدعى غيره ، فيكفى فى تعيين المولود شهادة القابلة باتفاق الإمام وصاحبيه ، وكذا الحكم فيما لو كان الخلاف بين الزوجة وورثة زوجها بعد وفاته — وذهب الجعفرية إلى أنه إذا لم يعترف الزوج أو الورثة بالولادة أو اعترفا بالولادة وأنكرا أن يكون ما ادعته هو المولود بعينه فلا بد من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو أربع نسوة .

نمائة ، وبإقراره هذا تثبت بنوة الولد له شرعاً ، وتثبت بينهما كل الحقوق والواجبات التي تكون بين الوالد وولده كحق النفقة ، والإرث ، وحرمة المصاهرة ، وقد يكون مدعى البنوة كاذباً فيما بينه وبين نفسه ،وهو آثم بكذبه في دعواه لا شك ، ولكننا أمرنا أن نأخذ بالظاهر والله يتولى السرائر .

وأما التبنى فهو أن يستلحق شخص ولداً معروف النسب لغيره ، أو مجهول النسب كاللقيط ، ويصرح بأنه يتخذه ولداً مع كونه ليس من صلبه ، وهذا هو ما كان عليه أهل الجاهلية ، فقد كان للمتبنى عندهم ما للولد الحقيقي من كل ناحية فكانوا يورثونه ويرثونه ، ويحرمون زوجته على من تبناه فلما جاء الإسلام أبطل التبنى ، وأبطل ما كانوا يرتبونه عليه من أحكام وبين أن المتبنى أجنبي عمن تبناه ، فقال عز وجل « . . . وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل. ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيما » .

والإسلام حين يحرم التبنى لا يحرم بحال ما أن يضم شخص إلى كنفه ورعايته يتيما أو لقيطاً ليقوم بالإنفاق عليه ، وليتعهده بالتربية والتعليم حتى لا ينشأ عالة على الأمة وشراً على المجتمع ، وله أن يخصه بشيء من ماله على سبيل الهبة أو الوصية ، وهو إذ يفعل هذا محسن ولا شك . . . ولكن ليس له أن يلحقه بنسبه ، ويدعوه إلى نفسه ، فهذه هي الجاهلية الجهلاء والضلالة الحمقاء .

وأما القسم الثانى وهو الإقرار الذى فيه تحميل النسب على الغير ، فإنه يتوقف فيه ثبوت النسب من المقر على ثبوته من غيره ، وذلك كالإقرار

بالأخوة أو العمومة ، فلو أقر شخص بأن فلاناً أخاه فلا تثبت أخوته له إلا إذا ثبتت أولا بنوة المقر له من أبي المقر .

ولو أقر شخص بأن فلاناً عمه فلا تثبت عمومته إلا إذا أثبتت أولا بنوة المقر له من جد المقر ، فأنت ترى أن النسب فى هذا القسم محمول على غير المقر أولا ، وهو الأب فى الصورة الأولى والجد فى الصورة الثانية ، ثم يتعدى بعد ذلك إلى المقر نفسه .

وحكم هذا الإقرار أنه لا يثبت النسب به وحده ، بل لا بد من تصديق من حمل عليه النسب أولا وهو الأب أو الجد فيما تقدم ، أو إقامة المقر البينة على دعواه ، فإن تم ذلك ثبت — أولا — نسب المقر له من الأب أو الجد ، وبالتالى يثبت نسبه من المقر ، ويكون لكل حقه الشرعى الذى ينبنى على ثبوت النسب .

أما إذا لم يصدق من حمل عليه النسب المقر فيما أقر به ولم تكن للمقر بينة فإن النسب لا يثبت ، ولكن يعامل المقر بإقراره ، ويلزمه وحده كل حق يتفرع عن هذا الإقرار ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا تتعداه إلى غيره وعلى هذا فإذا كان للمقر أب وأخوة وكان موسراً ، وكان المقر له مستحقاً للنفقة فإنها تفرض على المقر وحده دون الأب والإخوة .

وإذا مات المقر وليس له وارث أخذ المقر له كل التركة لا بطريق الميراث، ولكن يعتبر ذلك بمثابة الوصية للأجنبي بكل التركة(١).

وإذا مات المقر وترك زوجة فقط أخذت نصيبها وهو الربع ، والباقى يأخذه المقر له .

---

(١) واقعات المفتين ص ١٨٩ .

وإذا ما أقر أبو المقر بالأخوة عنه وحده شاركه المقر له في التركة ، فإن كان المقر له ذكرا فالتركة مناصفة بينهما ، وإن كان المقر له أنثى كان للمقر الثلثان وللمقر له الثلث ، لأن الأنثى في الميراث على النصف من نصيب الذكر .

وإذا مات أبو المقر عنه وعن أخ له ثابت نسبه من أبيه الميت فعند الحنفية وهو يقول للجعفرية — يكون للأخ غير المقر النصف ، والنصف الثاني يقسم بالسوية بين المقر والمقر له فيكون لكل منهما الربع . والقول الصحيح عند الجعفرية ، أنه يعطى الأخ غير المقر النصف ، ويعطى المقر الثلث ، ويعطى المقر له السدس (١) وبهذا قال ابن أبي ليلى (٢)

الفصل الثالث

في : ثبوت النسب بالبينة

إذا ادعى شخص بنوة شخص ، أو أبوته ، أو أخوته ، أو عمومته أو أي نوع من أنواع القرابة ، وأنكر المدعى عليه فللمدعي أن يقيم البينة على دعواه ، فإن أقامها ثبتت له القرابة التي ادعاها ، وثبتت له كل الحقوق والأحكام التي تبنى على هذه القرابة . ولا بد من أن تكون البينة كاملة ، وهي عند الحنفية رجلان عدلان ، أو رجل وامرأتان ، وعند الجعفرية رجلان عدلان ، وتكفي الاستفاضة ، ولا تقبل شهادة رجل وامرأتين عدول .

ثم إن دعوى النسب التي تقام عليها البينة لا تأخذ حكما واحدا في كل حالاتها ، بل يختلف الحكم تبعا لنوع القرابه التي يراد إثباتها ، وتبعا لكون القريب الذي يراد إثبات قرابته حياً أو ميتاً وقت الدعوة .

(١) الأحكام الجعفرية ص ٩١ (٢) واقعات المفتين ص ١٨٨

فإذا كانت الدعوى بأبوة أو بنوة وكان الأب أو الإبن المدعى عليه حياً تسمع الدعوى مجردة عن أن تكون ضمن حق آخر ، ويجرى الإثبات على النسب قصداً واستقلالا .

وإذا كانت الدعوى بأبوة أو بنوة وكان الأب أو الإبن المدعى عليه ميتاً فلا تسمع دعوى الأبوة أو البنوة على سبيل الاستقلال ، لأنها دعوى على الميت وهو غائب ، والدعوى على الغائب لاتسمع .

أما إذا كانت دعوى الأبوة أو البنوة ضمن دعوى بحق آخر كالميراث فإنها تقبل ، لأن الانتساب إلى الميت ليس مقصوداً أصلياً ، وإنما المقصود الأصلى هو الحق المترتب على ثبوت النسب ، وإثبات النسب وسيلة لإثبات الحق المتنازع فيه ، فموضوع الخصومة هو الحق المترتب على ثبوت النسب ، والخصم هو كل من له أو عليه حق فى التركة كالورثة والوصى والدائن والمدين .

وإذا كانت الدعوى بالأخوة أو العمومة فلا تسمع الدعوى على سبيل الاستقلال حياً كان المدعى أو ميتاً ، لأن فى دعوى الأخوة أو العمومة تحميل النسب على الغير وهو الأب أو الجد وكلاهما غائب والدعوى على الغائب لاتسمع . أما إذا كانت دعوى الأخوة أو العمومة ضمن دعوى بحق آخر كالميراث أو النفقة فإنها تقبل حياً كان المدعى عليه أو ميتاً ، لأن النسب هنا ليس مقصوداً أصلياً ، وإنما المقصود الأصلى هو الحق المترتب على ثبوت النسب ، فكان موضوع الخصومة هو حق الميراث أو النفقة، والخصم للمدعى هو كل من ينازعه فى هذا الحق ممن لهم أو عليهم حق فى التركة . هذا مذهب الحنفية .

أما الجعفرية فقد ذهبوا إلى أنه يمكن إثبات دعوى الأبوة والبنوة مقصودة بدون أن تكون فى ضمن دعوى حق آخر معها سواء أكان الأب أو الإبن المدعى عليه حياً أو نائبه أم كان ميتاً ، وكذلك دعوى الأخوة والعمومة وغيرهما تثبت بالبينة وإن لم تكن فى ضمن دعوى حق على الوارث أو الوصى أو غيرهما ، لأن هذه الدعوى تتضمن دعوى لوازمها فلا تكون عبثا ، وحيث لم يكن للمدعى خصم فلا يجب على الحاكم سماعها لكنه لو سمعها تترتب الآثار (١) .

فصل
فى : اللقيط وأحكامه

(١) تعريفه (٢) حكم التقاطه (٣) أحق الناس بإمساكه (٤) مركزه من الحرية والإسلام (٥) الولاية عليه (٦) نسبه .

١ — تعريف اللقيط :

اللقيط مولود حى طرحه أهله خوفا من العيلة ، أو فرارا من تهمة الزنى ، أو لغير ذلك .

وهو عند الجعفرية : كل صبى أو مجنون ضائع لا كافل له ، ولا يقدر على دفع المهلكات عن نفسه ، ولا يختص بمن نبذه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنى (٢) .

---

(١) الأحكام الجعفرية ص ٩٢ مادة ٣٥٥

(٢) المختصر النافع ص ٢٦٣ ، والأحكام الجعفرية ص ٩٢

٢ — حكم التقاطه :

والتقاط اللقيط مندوب إذا لم يغلب على الظن ضياعه ، فإن غلب على الظن ضياعه ، كان واجبا . ومضيع اللقيط آثم ، ومحرزه غانم ، لأنه أحيا نفساً كانت على شرف الهلاك . ويحرم طرح اللقيط بعد التقاطه .

٣ ـ أحق الناس بإمساك اللقيط :ـ

وأحق الناس بإمساك اللقيط من التقطه ، وليس لحاكم أو لغيره أن يأخذه منه جبرا إلا إذا كان هناك مايدعو لذلك كان يكون الملتقط غير أهل لحفظه ورعايته .

وإذا كان الملتقط أكثر من واحد فأحقهم بإمساكه أرجحهم بإسلام، أو حرية ، أو قدرة على الحفظ ، وعند استوائهم فالرأى للقاضى يضعه حيث يرى وقال الجعفرية إذا استووا أقرع بينهم .

٤ ـ مركز اللقيط من الحرية والإسلام :ـ

واللقيط حر ولو كان ملتقطه عبدا ، لأن الأصل فى الإنسان الحرية. ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل منه ، لأنه حر ظاهرا إلا أن يقيم البينة على دعواه .

واللقيط مسلم إلا إذا وجد فى قرية أو محلة لأهل الذمة وكان ملتقطه ذميا فإنه يكون على دين ملتقطه .

وقال الجعفرية : اللقيط فى دار الإسلام حر ، وفى دار الشرك رق، وهو مسلم ولو كان ملتقطه ذميا ووجد فى مقر أهل الذمة .

وإذا وجد اللقيط فى مصر من أمصار المسلمين ، أو فى قرية من قراهم

فادعى ذمى أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما باتفاق الحنفية والجعفرية (١).

٥ – الولاية على اللقيط :ـ

والولاية على اللقيط فى نفسه وماله تكون للحاكم وحده ، وليس للملتقط ولا لغيره ولاية عليه فى ذلك ، فمن التقط لقيطا ووجد معه مالا كان المال ملك اللقيط ، وكان على الملتقط أن يحافظ عليه ، وليس له أن ينفق منه عليه إلا بإذن من القاضى، وما ينفقه بغير إذنه يكون متبرعا به إلا إذا أشهد أنه سيرجع به عليه . وقال الجعفرية إذا أنفق الملتقط من مال نفسه مع إمكان الاستعانة على النفقة بالحاكم أو المسلمين كان متبرعا ، وإذا تعذر الرجوع إلى الحاكم والاستعانة بالمسلمين فأنفق من مال نفسه عليه رجع عليه بعد يساره إذا نوى الرجوع .

وإذا لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من ينفق عليه فنفقته فى بيت مال المسلمين ، وإذا مات ولم يعرف له وراث فتركته لبيت مال المسلمين .

وللملتقط على اللقيط ولاية التربية والمحافظة عليه وعلى ماله ، وله شراء مالا بد له من شرائه كطعام وكسوة ، ويقبض مايوهب له أو يتصدق به عليه . ويوجهه إلى طلب العلم أولا فإن لم تكن له قابلية وجهه إلى تعلم حرفة يكتسب منها ، وله أن ينقله إلى حيث شاء ما لم يلحقه ضرر من ذلك ، وبالجملة هو أمانة فى يده ، وعليه أن يقوم نحوه بما فيه خيره وصلاحه

---

(١) ذكر فى بدائع الصنائع حـ ٦ صـ ١٩٩ أن هذا الحكم فيما لو أقر الذمى أنه ابنه ولا بينة له ، فإن أقام البينة على البنوة ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه .

٦ — نسب اللقيط :

ومن ادعى نسب اللقيط ثبت نسبه منه بدون حاجة إلى بينة سواء أكان مدعى نسبه هو الملتقط أم كان المدعى غيره .

وإذا ادعاه الملتقط وغيره رجح الملتقط إلا إذا أقام غير الملتقط بينة على دعواه .

وإذا ادعاه اثنان ليس أحدهما الملتقط رجح أسبقهما ادعاء إلا إذا أقام المتأخر البينة ، وإذا ادعياه معاً فى وقت واحد رجح من أقام البينة .

وإذا لم تكن لهما بينة أو أقامها كل منهما رجح من ذكر فيه علاعة مميزة لأن ذكره للعلامة أمارة على أن له يداً سابقة . وإذا تساويا ولا مرجح لأحدهما فلا تلغى دعوى النسب ، بل يحكم بنسبه لكل منهما محافظة عليه من الضياع . وإن كان فى الواقع ليس ابناً لهما جميعا ، ويجب عليهما ما يجب على الآباء نحو الأبناء ، وله حق الإرث من كل منهما وذلك كله معاملة للمقر بإقراره .

وعند الجعفرية : إذا استوى المدعيان حجة أقرع بينهما ، ويثبت نسبه لمن خرجت عليه القرعة ، ولا ترجيح عندهم بذكر علامة مميزة لاحتمال أن يكون قد ذكرها عن مشاهدة أو سماع لا عن سبق يد كما يقول الحنفية .

ولو ادعت اللقيط امرأة ذات زوج ، فإن صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو أقامت البينة صحت دعوتها وإلا لا لما فى ذلك من تحميل النسب على الغير . وإن لم يكن لها زوج فلا بد من شهادة كاملة رجلين أو رجل وامرأتين . بخلاف دعوى الرجل فإنها تقبل بلا بينة ، لأن فى قبولها دفع العار عن اللقيط حيث ينسب إلى أب معروف ، وليس ذلك فى دعوى المرأة (١) .

---

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٣ ص ٢٢٥ .

وقال الجعفرية : إذا ادعت اللقيط امرأة ذات زوج فإن صدقها أو أقامت البينة على ولادتها صحت دعوتها وثبت نسبه منها ومن زوجها ، وإن لم تكن ذات زوج ، أو لم يصدقها زوجها ولا بينة لها ألحق بها خاصة (١) .

هذا — وينبغى أن يعلم أن الحر والعبد ، والمسلم والكافر فى دعوى النسب سواء ولا مزية لأحدهما على الآخر عند استوائهما حجة وهذا مذهب الجعفرية (٢) .

وقال الحنفية إذا استويا حجة فالحر فى دعوى اللقيط أولى من العبد والمسلم أولى من الذى ترجيحاً لما هو الأنظر فى حقه (٣) .

---

(١) الأحكام الجعفرية صـ ٩٤ مادة ٣٦٣ .
(٢) مسائل الخلاف جـ ٢ صـ ١٢ .
(٣) الهداية مع شرحها (فتح القدير) جـ ٤ صـ ٤٢١ .

الباب الثاني

فى : الرضاع

الكلام عن الرضاع يتناول ناحيتين مختلفتين (الأولى) ناحية كونه حقاً للطفل (والثانية) ناحية كونه سببا من أسباب تحريم النكاح ، وسنفرد لكل من الناحيتين فصلا مستقلا يتناول البحث فيه ما يتعلق بكل ناحية من أحكام وتشريعات .

الفصل الأول

فى : الرضاع الذى هو حق الطفل

(١) من يجب عليه الرضاع (٢) متى يجب على الأم ؟ (٣) الأجرة عليه .

١ — من الذى يجب عليه الرضاع ؟ :

من المقرر شرعا أن نفقة الصغير الفقير تجب على أبيه وحده ، والرضاع من قبيل النفقة ، فهو إذاً واجب على الأب نحو طفله ، على معنى أنه مكلف شرعا بتهيئة أسبابه من إعداد المرضع ودفع أجرة الرضاعة .

أما الأم فلا يجب عليها إرضاع طفلها قضاء وإن كان يجب عليها ديانة ، فإن امتنعت عن إرضاعه بغير عذر فلا تجبر عليه إلا فى حالات نذكرها فيما بعد ، وتكون آثمة فيما بينها وبين الله ، وعلى الوالد حينئذ أن يستأجر للطفل مرضعا ترضعه ، وتكون ملزمة بإرضاعه فى المدة المتفق عليها وفى المكان المتفق عليه ، فإن لم ينص على مكان إرضاعه لزمها أن ترضعه فى بيت حاضنة أما كانت الحاضنة أو غير أم ، وذلك حتى لايفوت عليها حقها فى الحضانة وإن

انتهت المدة المتفق عليها وكان الطفل لا يقبل غير ثديها أجبرت على مد مدة الرضاعة حتى يقبل على ثدى غيرها أو يستغنى عن الرضاعة ، ولها على هذه المدة الزائدة عن العقد أجر المثل .

وليس للأب أن يعطى الطفل لغير أمه ترضعه إذا رضيت الأم بإرضاعه لأنها أحق به من الأجنبية ، وهذا ما لم يكن غير الأم متعيناً أو أولى بإرضاعه من الأم (١) .

٢ — متى يجب على الأم إرضاع طفلها ؟ : —

ويجب على الأم إرضاع طفلها وتجبر عليه فى الحالات الثلاث الآتية :

الحالة الأولى : إذا لم يكن للطفل ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعاً ، ولم يكن هناك متبرعة بإرضاعه .

الحالة الثانيه : إذا لم يوجد من ترضعه غير أمه .

الحالة الثالثة : إذا لم يقبل الطفل غير ثدى أمه .

فى هذه الحالات الثلاث تكون الأم متعينة لإرضاع طفلها ، وتجبر عليه قضاء حتى لا يتعرض للهلاك .

٣ — أجرة الرضاع : —

المرضع إما أن تكون أجنبية أى ليست أماً للرضيع ولو كانت ذات رحم محرم له كعمته وخالته ، وأما أن تكون أماً له ، فإن كانت أجنبية استحقت

---

(١) يتعين غير الأم لإرضاع الطفل إذا كان لا يقبل ثدى أمه ويقبل ثدى غيرها ، أو كانت الأم مريضة مرضاً معدياً يخشى منه على الطفل ، أو كان لبنها يضر الطفل ولا يصلح له ، ونحو ذلك كثير ، وتكون الأجنبيه أولى من الأم فيما لو كانت متبرعة والأم تطلب أجرة ، أو كانت الأجنبية تطلب أجراً قل مما تطلب الأم .

أجرة على إرضاعه ، وجاز استئجارها لذلك مدة معلومة على قدر من المال معلوم ، وهذا باتفاق الحنفية والجعفرية .

وإن كانت أماً ، فإن كانت زوجيتها لوالد الطفل قائمة ، أو كانت معتدته من طلاق رجعى فلا تستحق على الإرضاع أجرة سواء أرضعته مجبرة أو مختارة ، وذلك لقيام زوجيتها ووجوب الإرضاع عليها ديانة ، وماهو واجب عليها لا تستحق عليه أجرة ، وأيضاً فإن الذى ينفق عليها حال قيام زوجيتها وحال العدة هو والد طفلها ، فإذا أوجبنا لها عليه أجرة الرضاعة كانت بذلك جامعة بين نفقتين فى وقت واحد ، وليس من حقها أن تجمع بين نفقتين وإن تعدد السبب .

وإن كانت الأم معتدة من طلاق بائن من أبي الطفل ، فالمفتى به من مذهب الحنفية أنها لا تستحق الأجرة اكتفاء بما تأخذه من نفقة العدة ، وفى قول آخر رجحه بعض فقهاء الحنفية أنها تستحق الأجرة لانقطاع زوجيتها بالطلاق البائن .

وإن كانت الأم مطلقة بائناً أو رجعياً من أبيه وانقضت عدتها فإنها تستحق الأجرة قولا واحداً ، لأنه بعد العدة انقطعت زوجيتها بالكلية وارتفعت نفقتها فتستحق الأجرة ، وفى هذا يقول الله تعالى فى شأن المطلقات .

« . . . وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » .

وذهب الجعفرية : إلى أن الأم تستحق أجرة إرضاع طفلها حال قيام الزوجية ، وحال العدة من طلاق رجعى أو بائن ، وبعد انقضاء العدة ، وللأب أن يستأجرها لإرضاع طفلها منه فى كل هذه الحالات .

هذا — وينبغى أن ننبه إلى المسائل الآتية :

المسألة الأولى : إذا استحقت الأم أجرة على إرضاع طفلها ، وتمسكت بحقها ، وكانت هناك أجنبية تقبل إرضاعه بلا أجرة أو بأجرة أقل مما تطلب الأم . فالأجنبية أحق بإرضاعه من أمه لقوله تعالى (. . لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده) ولقوله (. . وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى) (١) وعلى الأجنبية فى هذه الحالة أن ترضعه فى بيت الأم إن طلبت الأم ذلك حتى لا يفوت عليها حقها فى الحضانة .

وقال الجعفرية : لا يجب إرضاعه فى بيت الأم بل يسقط حقها فى الحضانة من غير أن تمنع عنه .

المسألة الثانية : إذا كانت الأم تستحق أجرة على إرضاع طفلها فأرضعته قبل الاتفاق عليها ، فإنها تأخذ أجرة ما أرضعت ، أجرة المثل ، وذلك لأن الله سبحانه رتب استحقاقها الأجرة على الإرضاع بصرف النظر عن كونه بعد الاتفاق أو قبله حيث قال (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) وإقبال الأم على إرضاع طفلها قبل عقد استئجارها لإرضاعه ليس دليلا على أنها متبرعة لأنها أقبلت على إرضاعه بدافع من فرط شفقتها عليه وإن كانت تريد الأجرة ، إذ ليس من المعقول أن تراه يتلوى جوعاً وتتركه بدون إرضاع حتى يتم استئجارها .

أما غير الأم فإنها لا تستحق أجرة على إرضاعها الطفل قبل استئجارها ، لأنه ليس عندها شفقة الأم التى تحملها على الإرضاع قبل الاتفاق ، فلا يتصور إلا أن تكون متبرعة .

المسألة الثالثة : لا تستحق الأم أجرة رضاع لأكثر من سنتين باتفاق الحنفية والجعفرية ، حتى ولو زاد رضاع الطفل عن ذلك ، لأن الشارع جعل

---

(١) انظر تفسير الجصاص جـ ٣ ص ٤٦٣ .

تمام الرضاع بتمام حولين حيث قال (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) .

المسألة الرابعة : إذا كان للطفل مال فأجرة رضاعه من ماله ولو كان الأب موسراً لأنها من قبيل النفقة ، ونفقة الصغير الموسر من ماله لا من مال أبيه .

المسألة الخامسة : كل موضع تجب فيه أجرة الرضاع تكون ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو الابراء ، ولا يسقط بموت الرضيع ، ولا بموت الأبوين أو أحدهما ، وللمستحقة للأجرة أما أو غيرها أن تصالح عليها بما تشاء .

الفصل الثانى

فى : الرضاع الموجب لحرمة النكاح

١ — تعريف الرضاع ٢ — حكمه ٣ — مدته ٤ - المقدار المحرم منه ٥ — حكم لبن الرضاع المخلوط بغيره ٦ — لبن الفحل ٧ — ما يثبت به الرضاع .

١ — تعريف الرضاع : —

الرضاع شرعاً : هو مص الطفل اللبن من ثدى امرأة فى مدة معينة ، ويلحق بالمص — عند الحنفية - إيصال اللبن إلى جوف الطفل عن طريق الفم أو الأنف بإناء ونحوه .

وإيصال اللبن إلى جوف الطفل بواسطة حقنه ، ووصوله إليه لا عن

طريق الفم والأنف كالآمة والجائفة لا تثبت به حرمة على الظاهر من مذهب الحنفية .

والرضاع عند الجعفرية لا يتحقق إلا إذا كان عن طريق امتصاص الطفل ثدى المرضع ، وعليه فإذا أوجر اللبن فى حلقه ، أو سعط به ، أو حقن فإنه لا ينشر الحرمة (١) .

٢ — حكمه : —

وإذا تحقق الرضاع الشرعى أوجب حرمة النكاح ، وصارت المرضعة بالنسبة للرضيع أما من الرضاع ، وصار زوجها الذى نزل لبنها بسببه له أباً ، وأولادها إخوة وأختها خالة . . وهكذا .

ورضاع الكبير لا ينشر الحرمة ، وكذا رضاع الصغير بعد مدة الرضاع المقررة شرعاً ، وكذا لا تثبت حرمة بين طفلين اجتمعا على غير ثدى آدمية .

ولبن الآدمية مطلقاً ينشر الحرمة عند الحنفية ، فلبن الثيب ، ولبن البكر ، ولبن المتزوجة ، ولبن الموطوءة بشبهة ، ولبن المزنى بها ، ولبن الميتة إثر موتها ، لبن كل هؤلاء ينشر الحرمة ، لإطلاق النص المحرم ، ولأن اللبن سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية .

وقال الجعفرية : لابد أن يكون اللبن عن نكاح صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة ، فلو در لبن المرأة لا عن سبب ، أو كان عن زنى فإنه لا ينشر الحرمة (٢) ، ولبن المرأة إثر موتها لا ينشر الحرمة ولو ارتضع أكثر الرضعات حال الحياة . وتمامها بعد الوفاة (٣) .

---

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ ومسائل الخلاف حـ ٢ ص ١٢٧ .
(٢) المختصر النافع ص ١٩٩ .
(٣) مسائل الخلاف حـ ٢ ص ١٢٧ .

هذا — وقد ذكرنا فى فصل المحرمات من النساء : أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة ، وذكرنا الأصناف الثمانية التى تحرم بسبب الرضاع ، وبينا أدلة التحريم من الكتاب والسنة والإجماع ، وأوضحنا أن هناك مسائل مستثناة من العموم المستفاد من القاعدة (يحرم من الرضاع مايحرم من النسب والمصاهرة) ، ثم عقبنا هذا كله ببيان حكمة التحريم بسبب الرضاعة فارجع إلى ص ٨٠ وما بعدها من الكتاب .

٣ — مدة الرضاع : —

ذهب الإمام مالك . والشافعى ، وأحمد ، وأبو يوسف ، ومحمد والجعفرية إلى أن مدة الرضاع الذى يتعلق به التحريم سنتان من وقت ولادة الطفل (١)، فكل رضاع فى هذه المدة ينشر الحرمة ، حتى لو أن صبياً فطم واستغنى بالطعام عن اللبن قبل مرور عامين ، ثم عاد إلى الرضاعة قبل انتهائهما فإنه يعتبر رضاعه بعد الفطام وقبل تمام الحولين ناشراً للحرمة أيضاً (٢) .

ودليل هؤلاء على أن الحولين أقصى المدة هو قوله تعالى « . . . وفصاله

---

(١) ذكر صاحب المختصر النافع فى ص ١٩٩ : أن مدة الحولين تراعى فى المرتضع دون ولد المرضعة على الأصح .

هذا — وقد روى عن مالك أن المدة سنتان وشهر ، وفى رواية أخرى سنتان وشهران ، وفى رواية ثالثة ما دام محتاجاً إلى اللبن غير مستغن عنه .

(٢) وفى رواية عن أبى حنيفة أنه إذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفى بغير اللبن لا تثبت الحرمة إذ عاد ورضع فى المدة وهو غير ظاهر الرواية والفتوى على أنه تثبت الحرمة . انظر فتح القدير حـ ٣ ص ٨ .

فى عامين » وقوله « والوالدت يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فقد جعل التمام بهما ، ولا مزيد على التمام [١] ، وأيضا قول النبى صلى الله عليه وسلم « لايحرم من الرضاع إلا ما كان فى الحولين » .

وذهب أبو حنيفة إلى أن مدة الرضاع الذى يتعلق به التحريم ثلاثون شهرا ، ومن أدلته على ذلك قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ... إلى أن قال فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما » فقوله فإن أرادا فصالا إلى أخره يفيد أن للأبوين الخيار فى فطام الطفل عقيب تمام الحولين ، فإن شاءا فطماه عند تمامها لاستغنائه عن الرضاعة ، وإن شاءا أبقياه على الرضاعة — إن كان لم يستغن — مدة يتدرج فيها لتحويل غذائه من اللبن إلى غيره ، والمدة التى تكفى لذلك هى ستة أشهر ، لأنها كفت لتحويل غذائه من دم أمه وهو جنين إلى لبنها بعد وضعه لستة أشهر .

ولا يعكر على أبى حنيفة قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أرادا أن يتم الرضاعة) لأنه يحمل الآية على أقصى المدة التى تستحق فيها الأم أجرة الرضاعة ، لا على أقصى مدة الرضاع التى تستوجب الحرمة .

وذهب زفر إلى أن مدة الرضاع الذى يتعلق به التحريم هى ثلاث سنوات ، واستدل بما استدل به أبو حنيفة ، إلا أنه جعل المدة اللازمة لتحول غذاء الطفل من اللبن إلى غيره سنة بعد الحولين ، قال الكمال بن الهمام : والحول حسن للتحول من حال إلى حال لاشتماله على الفصول الأربعة [٢] .

---

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٥ .

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٥ .

وهناك أقوال أخرى غير ماتقدم ، أغربها وأبعدها عن الصواب أن الرضاع فى أى سن ينشر الحرمة .

والذى نرجحه ونختاره هو القول الأول ، لأنه أقوى حجة وأبين دليلا ، وأدلة مخالفيه على ما ذهبوا إليه أدلة فيها مقال .

٤ — القدر المحرم من الرضاع :ـ

اختلف الفقهاء فى القدر المحرم من الرضاع على أقوال كثيرة أشهرها مايلى :

ذهب الحنيفة والمالكية إلى أن قليل الرضاع وكثيره محرم ، فالمصة الواحدة تكفى لنشر الحرمة (١) ، ودليلهم على هذا قوله تعالى (.. وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وقوله عليه الصلاة والسلام (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) حيث جاء لفظ الرضاع فى كل من الآية والحديث مطلقا عن التقييد بكونه كثيراً أو قليلا ، والمطلق يبقى على إطلاقه حتى يثبت مايقيده ، ولم يثبت عندهم مايقيد الإطلاق المذكور .

وأيضاً فقد صح من رواية البخارى وغيره ، أن رجلا تزوج امرأة فجاءت أمة سوداء فذكرت أنها أرضعتهما ، فأمر الرسول زوج المرأة أن يدعها دون أن يسأل عن عدد الرضعات ، ولو كان التحريم منوطا بقدر معين وعدد معين لتحرى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك قبل أن يأمر بالمتاركة .

---

(١) يشترط فى الرضاع المحرم أن يكون محققا ، فإن أدخلت امرأة حلمة ثديها فى فم الصغير وشكت فى رضاعه لايثبت به حرمة ، لأن الحل هو الأصل ولا يزول بالشك .

وذهب الشافعية والحنابلة فى الراجح من مذهبهم إلى أن القدر المحرم خمس رضعات مشبعات فى خمسة أوقات متفاصلة عرفا ، ودليلهم على ذلك ما روى عن السيدة عائشة رضى الله عنها ، قالت : «كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ، ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن » .

وأيضا فإن علة التحريم هو كون الإرضاع ينبت لحم الصغير وينشز عظمه ، ولا يكون ذلك — على الأقل — إلا برضاعه يوماً كاملا ، وذلك لايقل عن خمس رضعات .

وذهب الجعفرية إلى أن القدر المحرم هو ما أنبت اللحم وشد العظم ، أو إرضاع يوم وليلة ، أو خمس عشرة رضعة بشرط ألا يفصل بين الرضعات فى الأحوال الثلاثة برضاع امرأة أخرى وأن يكون اللبن لفحل واحد ، وفى قول يثبت التحريم بعشر رضعات متوالية ، وهو غير المشهور فى المذهب .

وحد الرضعة عند الجعفرية — ما يروى به الصبي دون المصة. واستدلوا لمذهبهم فقالوا : إن الأصل عدم التحريم ، وما ذكرناه مجمع عليه أنه يحرم ، وما قاله المخالف ليس عليه دليل ، وأيضا إجماع الفرقة إلا من شذ منهم ممن لايعتد بقوله ، وما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال (الرضاعة من المجاعة) يعنى ماسد الجوعة ، وقوله (الرضاع ما أنبت اللحم وشدالعظم)، وما ورد من قول عائشة (كان مما أنزل الله فى القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن . . .) قالوا : وقولها بعد ذلك (ثم نسخن بخمس معلومات . . . الخ) قولها هى ، ولا خلاف فى أنه لايقبل قول الراوى أنه نسخ كذا لكذا إلا أن يبين ما نسخه لينظر فيه هل

هو نسخ أولا (١) .

وهناك أقوال غير ماتقدم ، والذى نرجحه هو مذهب الحنفية لأنه مذهب الجمهور الأعظم من الصحابة والتابعين ، ولأن علة التحريم التى أجمع عليها الفقهاء هى إنبات اللحم وإنشاز العظم الذى يجعل الرضيع بمثابة الجزء من المرضع ولا شك أن هذا لا يكون بمصة واحدة كما أنه لايتوقف على أن تكون الرضعات خمساً ، أو عشرا ، أو خمس عشرة . بل قد يتحقق إنبات اللحم وإنشاز العظم برضعة واحدة مشبعة ، ومعنى هذا أن شبهة البعضية الحاصلة بنشوز العظم وإنبات اللحم وهى علة التحريم أمر خفى غير منضبط ، ومن المقرر عند الأصوليين أن علة الحكم إذا لم تكن ظاهرة منضبطة ربط الحكم بما هو مظنة لتلك العلة مما هو ظاهر منضبط ، وهو فيما معنا مطلق الرضاع الصادق بمصة واحدة قد يكون لها دخل فى تكوين جسم الرضيع ، ونظير هذا المسافر يقصر الصلاة لعلة هى المشقة ، والمشقة أمر لاينضبط لاختلافها باختلاف الأشخاص والأسفار ، فلذا ربط الحكم شرعا بمظنة العلة وهى سفر المسافر المعينة المنضبطة المقدرة بثلاثة أيام بلياليها .

٥ — حكم لبن الرضاع المخلوط بغيره :ـ

إذا خلط لبن المرأة بغيره فإما أن يخلط بلبن امرأة أخرى ، وإما أن يخلط بسائل غيره كماء ودواء ولبن شاة ، وأما أن يخلط بجامد مطعوم ، ولكل حالة حكمها :

فإذا خلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى تعلق التحريم بالغالب منهما وحده ، وعند التساوى يتعلق التحريم بهما ، وهذا مذهب أبى يوسف ، وهو

(١) الأحكام الجعفرية ص ٩٧ ، والمختصر النافع ص ١٩٩ ، ومسائل الخلاف ج ٢ ص ١٢٦ — ١٢٧

مروى عن أبى حنيفة . وقال محمد — وهو رواية أخرى عن أبى حنيفة — أن التحريم يتعلق بهما معا لافرق بين غالب ومغلوب، وذلك لأن لبن المرأتين من جنس واحد ، وعند اتحاد الجنس لا يتلاشى أحدهما فى الآخر لاتحاد المقصود منهما ، وهذا الرأى أظهر مما ذهب إليه أبو يوسف وأرجح .

وإذا خلط لبن امرأة بسائل كالماء والدواء ولبن الحيوان فالعبرة بالغلبة فإن كان لبن المرأة غالباً تعلق به التحريم ، وإن كان مغلوباً لايتعلق به التحريم (١) ، لأنه مع اختلاف الجنس يتلاشى الأقل فى الأكثر — وهذا باتفاق فقهاء الحنفية .

وإذا خلط لبن امرأة بجامد مطعوم ، فإن طبخ على النار فلا يتعلق به تحريم — باتفاق الحنفية — غالباً كان اللبن أو مغلوباً ، لأن الطبخ بالنار أخرج اللبن عن طبعه . وإن لم يطبخ بالنار فلا يتعلق به تحريم أيضا عند أبى حنيفة ، غالباً كان اللبن أو مغلوباً ، لأن الطعام وإن قل يسلب قوة اللبن فلا تقع الكفاية به فى تغذية الصبى ، فكان اللبن مغلوباً معنى وإن كان غالباً صورة . وعند غلبة الطعام لأمر واضح . وقال أبو يوسف ومحمد إذا لم يطبخ على النار فالعبرة بالغالب ، وإلحاق المغلوب بالعدم أصل فى الشرع .

وإذا جعل لبن المرأة مخيضاً ، أو رائباً ، أو جبنا ، أو أقطا ، أو نحو ذلك فلا يتعلق به تحريم باتفاق فقهاء الحنفية ، لأن اسم الرضاع لايقع على تناول هذه الأشياء ، وهى مع ذلك لاتنبت لحما ولا تنشز عظماً ، ولا تكفى

---

(١) تعتبر الغلبة بالأجزاء إذا خلط لبن المرأة بلبن حيوان أو بماء ، وتعتبر بتغير اللون والطعم إذا خلط بنحو دواء ، وقيل يكتفى فى اعتبار الغلبة تغير أحدهما .

غـذاء الصـبي (١) .

وإذا علمت أن مذهب الجعفرية لايرى الرضاع المحرم إلا ما كان عن طريق التقام ثدى المرضع علمت بالضرورة أن كل هذه الصور التى ذكرها فقهاء الأحناف لا تـكون رضاعا ، ولا يترتب عليها تحريم .

٦ ــ حكم لبن الفحل :ـ

المراد بالفحل هنا هو صاحب اللبن ، أى من در لبن المرأة بسببه ، فمن دخل بامرأة بناء عن عقد صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة فجاءت منه بولد ودر لها لبن كان ذلك الرجل هو صاحب اللبن .

إذا عرفت هذا فهل تثبت بهذا اللبن حرمة بين الرضيع وصاحب اللبن وهو زوج المرضع مثلا ، أو لا تثبت ؟ خلاف :

ذهب بعض الصحابة وبعض التابعين — وهو رأى ضعيف عند الشافعية — إلى أن لبن الفحل لاينشر الحرمة بينه وبين الرضيع ، فمن أرضعت طفلة حل لزوجها صاحب اللبن أن يـتزوج من هـذه الطفـلة ، أو من إحـدى أصـولها أو فروعها ، وحجتهم على ذلك أن الحرمة التى تـكون بـين الولد وأمه رضاعاً سببها أن لبن المرضعة كان له دخل فى تـكوين جسم الولد حتى صار بمثابة الجزء منها ، وهذا المعنى لا وجود له فى جانب الرجل حتى تـكون بينه وبين الرضيع حرمة .

وذهب جمهور الفقهـاء من الصحابة والتابعين ، وأصحاب المذاهب الأربعة ، والجعفرية إلى أن لبن الفحل ينشر الحرمة بين الرضيع وزوج مرضعته الذى كان سببا فى در لبنها ، فمن أرضعت بنتا لبنها الذى در بسببه

(١) انظر بدائع الصنائع حـ ٤ ص ٩ ، ١٠

زوجها كان زوجها أباً لهذه البنت رضاعاً فتحرم عليه وعلى أصوله وفروعه ، وحجة أصحاب هذا الرأى ما صح من أن السيدة عائشة رضى الله عنها قالت : دخل على أفلح (وكانت عائشة قد رضعت من امرأة أخيه أبي القعيس) فاستترت منه ، فقال أتستترين منى وأنا عمك؟ قلت : من أين؟ قال : أرضعتك امرأة أخى ، قلت إنما أرضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل ، فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فحدثته فقال : إنه عمك فليلج عليك .

فهذا الحديث يدل دلالة صريحة على أن لبن الفحل ينشر الحرمة بينه وبين الرضيع ، كما ينشرها بين الرضيع ومن أرضعته ، وقد أفتى ابن عباس بهذا حين سئل عن رجل له امرأتان ، فأرضعت هذه غلاما ، وهذه جارية ، هل يصلح الغلام أن يتزوج الجارية ؟ ، فقال : لا . اللقاح واحد .

.. ولكن مع اتفاق الحنفية والجعفرية على أن لبن الفحل ينشر الحرمة نجدهم — أحياناً — يختلفون فى التطبيق ، فالجعفرية يغلبون جانب الفحل على جانب المرأة ، ويشترطون للتحريم بين الرضيعين أن يكون صاحب اللبن الذى رضعاه واحداً ، وفرعوا أحكامهم على هذا فقالوا : يحرم الصبيان يرتضعان بلبن فحل واحد ولو اختلفت المرضعتان ، ولا يحرم لو رضع كل واحد من لبن فحل آخر وإن اتحدت المرضعة (١) .

والحنفية لا يغلبون جانب الفحل على جانب المرأة ، ولا يشترطون للتحريم بين الرضيعين أن يكون صاحب اللبن الذى رضعاه واحداً ، وفرعوا أحكامهم على هذا فقالوا : لو رضع غلام وجارية من امرأة واحدة ، غير أن الغلام رضع من لبنها لرجل ، والجارية رضعت من لبنها لرجل آخر ، فإنه

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ .

لا يحل زواج الغلام من الجارية ، لأنهما أخوين من الرضاعة لأم ، ونظير هذا من النسب لا يحل والرسول عليه الصلاة والسلام يقول (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) .

وحرم الجعفرية على المرتضع أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا ، وأولاد المرضعة ولادة لا رضاعاً(١) . وعند الحنفية يحرم على المرتضع أولاد صاحب اللبن ولادة ، ورضاعا ، وأولاد المرضعة ولادة ورضاعاً أيضاً .

وحرم الجعفرية على أبي المرتضع نسباً أن يتزوج من أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا ، لأنهم في حكم ولده(٢) . وأباح الحنفية ذلك ، لأن أبا المرتضع نسبا أجنبي عن أولاد صاحب اللبن بالكلية ،

وحرم الجعفرية على صاحب اللبن أن يتزوج أخت المرتضع بلبنه مطلقاً أي ولو كانت لم ترتضع بلبنه ، لأن أخوة المرتضع صاروا بمنزلة أولاده (٣) . وأباح الحنفية لصاحب اللبن أن يتزوج من أخت المرتضع ما دامت لم ترضع من لبنه ولم تكن محرمة عليه لسبب آخر . وذلك لأنه أجنبي عنها وليس أباً لها لا من الرضاع ولا من النسب .

٧ — ما يثبت به الرضاع : —

يثبت الرضاع بواحد من أمرين : الإقرار ، أو البينة . وإليك البيان :

أولا — الإقرار :

إذا أقر شخص بثبوت الرضاع المحرم بينه وبين امرأة ، كأن قال هي

---

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ ، وانظر الأحكام الجعفرية ص ٩٧ مادة ٣٧٦

(٢) المختصر النافع ص ١٩٩ .

(٣) مسائل الخلاف جـ ٢ ص ١٢٥ .

أختي من الرضاع فإما أن تصدقه المرأة فى إقراره وأما أن تكذبه، فإن صدقته وكان ذلك قبل الزواج منها ثبتت الحرمة بتصادقهما ، ولا يحل لهما أن يتزوجا بحال ، وإن كان بعد زواجهما وجب أن يتفرقا وإلا فرق القاضى بينهما ، وكذلك الحكم فيما لو أقرت المرأة وصادقها الرجل .

وإذا أقر الرجل وكذبته المرأة ، فإن ثبت الرجل على إقراره وكان لم يعقد عليها لا يحل له أن يعقد عليها ، وإن كان بعد العقد وجب عليه أن يفارقها وإلا فرق القاضى بينهما ، وإن أقر ورجع عن إقراره جاز له أن يعقد عليها إن كان إقراره ورجوعه قبل العقد، وإن كان قد عقد عليها فأقر بالرضاع المحرم ثم رجع عنه بقى العقد على حاله ، وذلك لأن أمر الرضاع مما يخفى فيغتفر فيه التناقض ، فلعله أقر أولا بالرضاع عن إخبار أفاده ظنا ، ثم يتبين له كذب المخبر .

وإذا أقرت المرأة وكذبها الرجل فإن كان ذلك قبل الزواج وأصرت على إقرارها فلا يحل لها أن تتزوج منه ، وإن رجعت عن إقرارها حل لها ذلك لما قلناه من أن التناقض فى أمر الرضاع مغتفر ، وإن كان إقرارها بعد الزواج بقى الزواج على حاله ، ولا يلتفت لإقرارها مهما أصرت عليه ما دام الزوج يكذبها، لأنها متهمة فى هذا الإقرار ، فلعلها أقرت بذلك كذبا وزورا لتتمكن من الخلاص من زوجها بادعائها الرضاع الذى يحرمها عليه ، وهذا بخلاف إقرار الرجل بعد العقد فإنه يقبل ولو كذبته المرأة لأنه يملك الخلاص منها بطلاقها فلا يكون متهما مثلها ، ولهذا لو كان أمر الطلاق بيد المرأة صدقت فى إقرارها لعدم التهمة .

ثانيا ـ البينة :

ويثبت الرضاع بشهادة كاملة وهى رجلان عدلان ، أو رجل وامرأتان

عدول ، ولا يثبت بشهادة النساء وحدهن ، وهذا باتفاق الحنفية والجعفرية. ولا يشترط لصحة الشهادة تقدم الدعوى لتضمنها حق الله ، وعلى هذا فلو ادعى شخص على زوجين أنهما أخوين من الرضاع وأقام البينة على ذلك ، أو قامت البينة دون سبق دعوى ثبتت أخوتهما وفرق القاضي بينهما .

وإنما اشترطنا أن تكون البينة كاملة ، لأن دعوى الرضاع المحرم تتضمن إبطال حق الغير ، وكل دعوى تتضمن إبطال حق الغير لابد لثبوتها — عند الإنكار — من بينة كاملة ، ومما يشهد لهذا أن عمر بن الخطاب أتى بامرأة شهدت على رجل وامرأته أنها أرضعتهما فقال : لا حتى يشهد رجلان ، أو رجل وامرأتان ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد منهم عليه .

بقى بعد هذا أنه قد يشهد على الرضاع من لايبلغون نصاب الشهادة كرجل واحد أو رجل وامرأة ، أو امرأتين ، أو امرأة واحدة ، وقد يشهد من يبلغون نصاب الشهادة ولكنهم غير عدول ، فهل ترد هذه الشهادة بالكلية ولا يلتفت إليها أصلا ، أو تقبل ويلتفت إليها إلى حد ما ؟

الفقه فى هذه المسألة أن هذه الشهادة — مع الإنكار — لايلتفت إليها من ناحية القضاء ، ولا يبنى عليها تفريق بين زوجين لقصور البينة عن إثبات دعوى الرضاع .

أما من ناحية الديانة ، فإنه يؤخذ بهذه الشهادة وعلى الزوجين أن يفترقا تنزها وتورعا عن شبهة أورثتها شهادة قاصرة ، وقد تكون صادقة فى الواقع ونفس الأمر ، وموضوع الزواج أولى أن يؤخذ فيه بالأحوط ، ومما يشهد لهذا مارواه البخارى وغيره عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، قال : فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فأعرض عنى ، قال : فتنحيت فذكرت ذلك له ، فقال :

كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما فنهاه عنها ، وفى رواية قال له : دعها عنك .

فإعراض النبي صلى الله عليه وسلم عن السائل أول الأمر يفيد أن شهادة المرأة لاتحتم الفرقة أو التفريق ، وإلا لفرق الرسول بينهما بمجرد ذكر عقبة له خبر الأمة ولم يعرض عنه إذا الإعراض — كما يقول الكمال بن الهمام — قد يترتب عليه ترك السائل المسألة بعد ذلك ، ففيه تقرير المحرم :

وقول النبي صلى الله عليه وسلم لعقبة بعد ما أعاد عليه المسألة (كيف وقد زعمت) يفيد أنه كره له أن يبقى معها بعد ما ذكر من أمر الرضاعة ، ومعنى هذا أن عليه أن يتركها تنزها واحتياطا ، وليس معناه الحكم الملزم للترك ، وقد نقل عن على رضى الله عنه مايشهد لهذا ، فقد ورد أن رجلا تزوج امرأة فجاءت امرأة تزعم أنها أرضعتهما فسأل الرجل علياً فقال له : هى امرأتك ليس لأحد أن يحرمها عليك فإن تنزهت فهو أفضل ، وسأل ابن عباس عن ذلك أيضا فقال له مثل ما قال على رضى الله عنه (١) .

---

(١) راجع بدائع الصنائع حـ ٤ صـ ١٤ ، ١٥ ، وفتح القدير حـ ٣ صـ ١٩ ، ٢٠ ، وواقعات المفتين صـ ٢٧ ، ٢٨ .

الباب الثالث
فى : الحضانة

١ — تعريفها ٢ — من له حق الحضانة ٣ — شروط أهلية الحضانة ٤ — الحضانة حق الطفل وحق الحاضنة ٥ — مكان الحضانة ٦ — الأجرة عليها ٧ — مدتها ٨ — ما بعد الحضانة :—

١ — تعريف الحضانة :-

الحضانة لغة : ضم الشيء إلى الحضن وهو الجنب (١) ، تقول حضنت الشيء واحتضنته إذا ضممته إلى جنبك ، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها .

وشرعا : التزام الطفل للقيام على تربيته وإصلاح شأنه ممن له حق تربيته فى سن معينة لا يستطيع أن يستقل فيها بشأن نفسه .

٢ — من له حق الحضانة :-

الطفل فى أول أدوار حياته بحاجة ماسة إلى من يقوم بإعداد طعامه ، وتهيئة ملبسه ، وتعهده فى يقظته ونومه . وتدبير ما يحتاج إليه فى شأنه كله . وأقدر الناس وأصبرهم على هذه المهمة النساء لما جبلن عليه من عطف وشفقة ، وأصلح النساء قياما بتربية الطفل وأخلصهن عناية بشأنه أمه ، لأن الأم بطبيعتها أحنى على وليدها وأشفق ، وأرحم به وأرفق ، وهذه حقيقة

---

(١) جاء فى القاموس : الحضن بالكسر مادون الإبط إلى الكشح أو الصدر والعضدان وما بينهما وجانب الشيء وناحيته .

لا يشك فيها عاقل ، ولا يمارى فيها إلا مكابر ، ولهذا قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقضى أصحابه من بعده بأن الأم أحق بولدها ما لم يكن هناك مانع ، فقد روى أن امرأة قالت : يارسول الله ، إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرى له حواء ، وثديى له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه منى ، فقال عليه السلام : أنت أحق به ما لم تتزوجى (١) .

وروى ابن أبى شيبة عن عمر : أنه طلق أم عاصم ، ثم أتى عليها وفى حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبى بكر ، فقال له : مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبى فيختار لنفسه ،وفى رواية أخرى :ريقها خير له من شهد وعسل عندك ياعمر، قاله والصحابة حاضرون متوافرون (٢) .

فإذا لم تكن للصغير أم بأن ماتت ، أو كانت له أم ولكنها ليست أهلا لحضانته ، انتقلت حضانته إلى محارمه من النساء الأقرب فالأقرب ، فأم الأم — أولا — وإن علت ، ثم أم الأب وإن علت ، ثم الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأم ، ثم الأخت لأب ، ثم بنت الأخت الشقيقة ، ثم بنت الأخت لأم ، ثم الخالة الشقيقة ، ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب ، ثم بنت الأخت لأب ثم بنت الأخ الشقيق ، ثم بنت الأخ لأم ، ثم بنت الأخ لأب ، ثم العمة الشقيقة ، ثم العمة لأم ، ثم العمة لأب ، ثم خالات الأم ، ثم خالات الأب ، ثم عمات الأم ، ثم عمات الأب ، بتقديم الشقيقة ، ثم التى لأم ، ثم التى لأب .

فإن لم توجد واحدة من محارمه، أو وجدت ولكنها ليست أهلا للحضانة

---

(١) الهداية (بأصل فتح القدير) جـ٣ ص ٣١٤ .

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٣١٤

انتقلت حضانته إلى عصبته من الرجال مطلقا إن كان الطفل ذكرا ، وإلى عصبته من الرجال المحارم إن كان الطفل أنثى ، ويرتبون على حسب ترتيبهم فى الميراث فالأب أولا ، ثم الجد أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الاخ لأب، ثم العم الشقيق ، ثم العم لأب ، ثم عم الأب الشقيق ، ثم عم الأب لأب ، ثم يلى هؤلاء بالنسبة للذكر خاصة ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لأب ، وليس الواحد من هذين حضانة ابنة عمه ، لأنه لو حضنها ابقيت عنده إلى أن تبلغ حد المراهقة ، وحينئذ تكون بعرض الوقوع فى الفتنة (١) .

فإن لم يوجد عاصب مطلقاً بالنسبة للطفل الذكر ، ولا عاصب محرم بالنسبة للأنثى ، أو وجد ولكنه ليس أهلا للحضانة ، انتقلت حضانة الطفل إلا محارمه من الرجال غير العصبة وهم ذووا الأرحام ، ويبدأ بالأقرب فالأقرب ، فالجد أبو الأم أولا ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم لام ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأم .

فإن لم يوجد محرم من ذوى رحمه انتقلت حضانته إلى أقربائه من غير المحارم مع مراعاة ألا يكون للرجال حق فى حضانة الإناث ، ولا للإناث حق فى حضانة الذكور ، لما ذكرناه من خشية الفتنة .

والخلاصة : أن الحضانة تكون للمحارم من النساء أولا ، ثم للعصبة من الرجال مطلقاً بالنسبة للذكر ، وبقيد كونه محرما بالنسبة للأنثى ، ثم للمحارم من ذوى الأرحام ، ثم لذوى الأرحام غير المحارم .

---

(١) إذا لم يكن للصغيرة إلا ابن عمها تخير لها القاضى ما يراه صالحا ، فإن كان ابن عمها صالحاً مأمونا ضمها إليه ، وإلا فعليه أن يسلمها لامرأة ثقة مأمونة.

وإذا لم يوجد للصغير أو الصغيرة من يقوم بحضانته من أقربائه تخير القاضي له من يثق بأمانته وصلاحه ووضعه عنده رجلا كان المتخير أوامرأة .

ثم إنه إذا وجد أكثر من مستحق للحضانة من الرجال أو من النساء وكانوا جميعاً في درجة واحدة وقوة واحدة كثلاثة أعمام أشقاء ، أو ثلاث أخوات لأم ، قدم أصلحهم لتربية الطفل ، فإن تساووا في الصلاح فأورعهم ، فإن تساووا فيه أيضاً فأسنهم ، لأن الأسن في العادة أكثر تجربة وأعرف بما فيه خير الصغير (١) .

وإذا كان للصغير أخوان أحدهما مسلم ، والآخر كتابي على دين الصغير فأحقهما بحضانته من هو على دينه ـ هذا مذهب الحنفية .

وذهب الجعفرية إلى أن الأم أحق بحضانة الولد الذكر مدة الرضاع ، وإذا انقضت مدة الرضاع فالأب أحق به ، فإن مات الأب أو كان غير أهل للحضانة فالأم أحق به من الوصي . والأم أحق بالبنت إلى سبع سنين وبعدها يكون الأب أحق بها (٢) ، فإذا ماتت الأم أو لم تكن أهلا للحضانة ينتقل حقها إلى الأب ، فإن لم يكن أو كان ليس أهلا للحضانة فلجدات الصغير وأجداده وأخواته وإخوانه ، ويقدم الجد للأب على غيره ، وتقدم الأخت

---

(١) البحر الرائق حـ ٤ ص ١٦٩ .

(٢) قال في مسائل الخلاف حـ ٢ ص ١٣٢ : إذا بانت المرأة من الرجل ولها ولد منه فإن كان طفلا لا يميز فهي أحق به بلا خلاف ، وإن كان طفلا يميز وهو إذا بلغ سبع سنين أو ثمان سنين فما فوقها إلى حد البلوغ فإن كان ذكرا فالأب أحق به ، وإن كان أنثى فالأم أحق بها مالم تتزوج ، فإن تزوجت فالأب أحق بها .

الأخت الشقيقة على الأخت لأب ، ثم لأولاد الأخوة والأخوات بتقديم بنته الأخ والأخت للأبوين عليها لأب ، ثم لخالات الصغير وأخواله وعماته وأعمامه وتقدم الخالة والعمة لأبوين على الخالة والعمة لأب ، ثم لأولاد الأعمام والأخوال ثم لخالة الأم وخالة الأب وعمتها وعمته ... وهكذا .

وإذا لم يوجد محرم مستحق للحضانة أو وجد من ليس أهلا لها يسلم الطفل لذى رحم غير محرم كبنات العم والعمة والخال والخالة فإن لم يكن أرحام فيدفع إلى الوصى ، فإن لم يكن وصى فعلى الحاكم أن يسلمه إلى ثقة (١) .

وإذا تساوى المستحقون للحضانة فى درجة واحدة ، وكانوا جميعاً أهلا لها يقرع بينهم ، ولا يراعى الترجيح بكون أحدهم أروع أو أكبر سنا ، وفى قول تقدم الأنثى ويقرع بين المتساوين فى الذكورة والأنوثة (٢) .

٣ — شروط أهلية الحضانة :ـ

ولا يثبت حق الحضانة لواحدة من محارم الصغير أما كانت أو غير أم إلا إذا كانت أهلا للحضانة ، وذلك بتوفر الشروط الآتية :

١ — أن تكون حرة ، لأن الأمة تشغل بخدمة سيدها عن خدمة الصغير .

---

(١) براجع فى هذه المسألة الأحكام الجعفرية المواد ٣٨٤ ، ٣٨٦ ، ٣٩١ ص ٩٩ ومابعدها ، وانظر مسائل الحضانة فى باب النفقات من كتاب مسائل الخلاف جـ ٢ ص ١٣٢ — ١٣٣ فقد جاء فى المسألة رقم ٤١ أن الأخت من الأب أولى بالحضانة من الأخت لأم ، وفى المسألة رقم ٤٢ أن الجدات أولى بالولد من الأخوات ، وذكر فى المسألة رقم ٤٧ أن العمة والخالة إذا اجتمعتا تساويتا وأقرع بينهما ، وفى المسألة رقم ٤٩ أن أم الأب والجد متساويتان .

(٢) الأحكام الجعفرية ص ١٠٠ مادة (٣٨٥) .

٢ — أن تكون بالغة ، لأن من دون البلوغ بحاجة إلى من يقوم بشأنها فكيف تقوم بشأن غيرها ؟ .

٣ — أن تكون عاقلة ، لأن غير العاقلة لا تؤمن على الصغير ويخشى عليه منها .

٤ — أن تكون قادرة على تربيته وتدبير مصالحه ، فلو كانت عاجزة عن ذلك لنحو عمى أو مرض أو شيخوخة فلا تكون أهلا للحضانة .

٥ — أن تكون أمينة على الصغير ، فإن كانت فاسقة مستهترة بحيث يخشى منها على خلق الصغير ، أو كانت تكثر الخروج من البيت لأى سبب بحيث يؤدى ذلك إلى إهماله وضياعه فلا تكون أهلا لحضانته .

٦ — أن تكون غير متزوجة ، أو متزوجة من ذى رحم محرم للصغير كعمه ، فإن كانت متزوجة من غير ذى رحم محرم له فلا تكون أهلا لحضانته لأن زوجها الذى لا يمت للصغير بقرابة محرمية يغلب عليه عادة كراهية الطفل وعدم العطف عليه .

وقال الجعفرية : يشترط ألا تكون متزوجة ولو بمحرم للصغير ، ولا فرق فى ذلك بين الأم وغيرها إلا أن الأم لا يسقط حقها بالتزويج إذا لم يكن للطفل أب ، وهى أولى به من جده[1] .

٧ — ألا تقيم به عند من يبغضه ولو كان قريباً له ، لما فى إمساكه عند المبغض له من الأذى والضياع .

---

(١) انظر الأحكام الجعفرية مادة ٣٨٢ ، ٣٨٣ ص ٩٩ . وقد جاء فى مسائل الخلاف ج ٢ ص ١٣٢ أنه (إذا تزوجت الأم سقط حقها من حضانة الولد) ولعله لا يريد الإطلاق بل يقيده بحالة وجود الأب .

وقال الجعفرية : لا يضر إمساكها له فى بيت المبغضين له بعد أن تكون قادرة على صيانته .

٨ — ألا تكون مرتدة ، لأن المرتدة تحبس إلى أن تتوب أو تموت ، فلا يصلح لأن تكون حاضنة .

ولا يشترط اتحاد الدين بين الحاضنة والطفل أما كانت الحاضنة أو غير أم ، فلو أن مسلماً تزوج مسيحية فجاءت بولد ذكر أو أنثى ، ثم طلقها ، فالولد يكون مسلماً تبعاً لأبيه ، ويثبت لأمه المسيحية حق حضانته ، لأن أمر الحضانة يقوم على الشفقة ، وشفقة الأم أو الأخت مثلا لاتختلف باختلاف الدين ، فيثبت لها حق الحضانة إلى نهاية مدتها إلا إذا خيف على الصغير أن يتأثر بدينها ، أو أن تسلك به غير سبيل المسلمين ، كأن تذهب به إلى الكنيسة أو تطعمه لحم خنزير أو تسقيه خمرا ، فحينئذ ينزع منها ويسلم لمن له حق الحضانة بعدها .

وإذا انتقل حق الحضانة إلى الرجال لعدم وجود حاضنة من محارم الطفل فإنه لايثبت هذا الحق لواحد من محارمه الرجال عاصباً كان أو غير عاصب إلا إذا كان أهلا للحضانة وذلك بتوفر الشروط الآتية :

(١) أن يكون حراً (٢) بالغاً (٣) عاقلا (٤) قادراً على تدبير مصالح الصغير (٥) أميناً على تربيته (٦) متحداً معه فى دينه ، وذلك لأن حق الرجال فى الحضانة مبنى على التوارث ، ولا توارث إلا مع اتحاد الدين ، وعلى هذا فلو كان الصغير مسلما فلا تكون حضانته لقريبه المسيحى ، ولو كان مسيحياً فلا تكون حضانته لقريبه المسلم ، وإنما يحضن المسلم المسلم ، ويحضن المسيحى المسيحى واليهودى والمجوسى لأن الأديان غير الإسلام تعتبر دينا واحدا ـ وقال الجعفرية . الذمية أحق بحضانة ولدها الكافر ،

ولا حضانة للكافرة على ولدها المسلم ، إذ يخشى عليه أن يألف غير دين الإســـلام .

هذا ـ ومن سقط حقه فى الحضانة لسبب من الأسباب ثم زال السبب عادله حقه فيها باتفاق الحنفية والجعفرية .

٤ — الحضانة حق الطفل وحق الحاضنة : ـ

اختلف الفقهاء فى الحضانة ، هل هى حق الحاضنة أو حق الطفل ؟ فنهم من قال : إنها حق الحاضنة وحدها ، وفرعوا على هذا أن لها الحق فى أن تتنازل متى شاءت ، وأنها لاتجبر عليها إذا امتنعت . ومنهم من قال : إنها حق الطفل وحده ، وفرعوا على هذا أن الحاضنة لا تملك التنازل عن الحضانة وأنها تجبر عليها إذا امتنعت .

والصحيح أن الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والطفل ، فالأم مثلا لها حق حضانة طفلها ما دامت أهلا لذلك ، وليس لأحد أن يسلبها هذا الحق وإن كان لها أن تتنازل عنه لمحرم أخرى تصلح لحضانته .

والولد له حق أن يحضن وتتولاه محرم تقوم على تربيته ، ولا تتعين محرم بذاتها عند تعدد محارمه ، لأن حقه أن يحضن لا على أن تكون حضانته عند امرأة بعينها ، فإن لم يكن من محارمه إلا امرأة واحدة تصلح لحضانته كانت هى المتعينة حتى لايضيع الصغير .

وإذا ثبت أن الحضانة حق الطفل وحق الحاضنة تفرع على حق الطفل فيها ما يأتى :

(١) ليس للأم أن تخالع زوجها على أن تترك حضانة ولدها ، فإن فعلت ذلك صح الخلع وبطل الشرط فتبقى حضانة الصغير لها ، لأن الحضانة حق للصغير وهى لاتملك التصرف فى حقه وإن كان لها حق معه .

(٢) ليس للأم أن تصالح زوجها على أن تترك حضانة ولدها منه ، وذلك كأن يكون لزوجها دين عليها فتصالحه على أن تترك حضانة الولد فى نظير ما عليها من دين . وكذلك الحكم بالنسبة لغير الأم . وللحاضنة أما أو غيرها أن تصالح على أجرة الحضانة لأنها خالص حقها .

(٣) إذا تعينت الحاضنة أما كانت أو غير أم أجبرت عليها حتى لا يفوت على الطفل حقه .

ويتفرع على حق الحاضنة فى الحضانة ما يلى :

١ — إذا كانت مرضعة الصغير غير حاضنته ، وجب عليها إرضاعه عند الحاضنة أما كانت الحاضنة أو غير أم حتى لا يفوت حقها فى الحضانة .

٢ — ليس للأب ولا لغيره أن ينقل الطفل إلى بلد غير البلد الذى تقيم فيه حاضنته ، لأن فى نقله تفويت حقها فى الحضانة .

٣ — ليس للأب ولا لغيره أن ينزع الطفل من حاضنته ليعطيه لحاضنة أخرى تليها فى حق الحضانة إلا لسبب مشروع ، لأن نزعه منها لغير مبرر تفويت لحقها فى الحضانة .

٥ — مكان الحضانة : ـ

الحاضنة إما أن تكون أم الطفل ، وإما أن تكون غير أمه ، فإن كانت أمه وكانت زوجيتها لوالد الطفل قائمة ، أو كانت معتدة من طلاقه الرجعى أو البائن كانت حضانتها للطفل فى بيت الزوجية ، وليس لها أن تسافر به إلى مكان قريب أو بعيد ، وذلك لأنها وهى زوجة ليس لها أن تخرج إلا بإذن زوجها ، فله أن يحول بينها وبين خروجها من بيته فضلا عن سفرها بولدها ، وكذلك ليس لها ـ وهى معتدة ـ أن تسافر بالطفل أو تنتقل به

من بيت الزوجية ، لأنه يجب عليها أن تقر فى بيت مطلقها ولا تخرج منه ولو أذن لها ، لأن قرارها فى البيت حق الشارع .

وإذا كانت الحاضنة أم الطفل ، وكانت زوجيتها قد انقطعت بخروجها من العدة فلها أن تنتقل بالطفل إلى وطنها الذى تزوجها فيه ، قريباً كان أو بعيداً ، مصرا كان أو قرية ، وذلك لأن انتقالها إلى وطنها الذى يقيم فيه أهلها والذى تزوجها فيه ، فيه مصلحتها وبالتالى فيه مصلحة الولد ، وليس فى ذلك عدوان على الوالد بإبعاد ولده عنه ، لأن رضاه بالعقد عليها فى بلدها معناه — كما يقول الفقهاء — رضى منه لنفسه ولزوجه ولولده بالإقامة فيه .

أما انتقالها إلى غير وطنها ولو كان العقد فيه ، أو إلى وطنها وقد كان العقد عليها فى غيره ، فليس لها حق فيه إلا إذا كان البلد الذى تريد النقلة إليه مصرا قريباً بحيث يستطيع أبو الطفل أن يذهب لزيارته فيه ثم يعود إلى بلده قبل أن يدركه الليل ، فإن كان البلد الذى تريد النقلة إليه مصرا بعيدا ، أو قرية بعيدة أو قريبة ، فليس لها حق النقلة بالطفل إلا بإذن من أبيه — هذا مذهب الحنفية .

وقال الجعفرية : ليس للأم المطلقة أن تسافر بالولد الحاضنة له قبل انقضاء العدة ولا بعدها من مصر إلى مصر ، ولا من قرية إلى مصر ، ولا من قرية إلى قرية ، إذا كان ذلك ضرراً على الولد أو الوالد ، وإن لم يتضرر أحدهما بذلك فلها الانتقال بالولد من غير رضى أبيه مدة حضانتها له ولو كان ما تريد الانتقال إليه بعيداً عن محل إقامته ، إذ حق الحضانة مختص بها وليس مشتركا بينها وبين الأب . ونقل عن أبى جعفر الطوسى أنه : ليس لها الانتقال

بالولد إلى محل تقصر فيه الصلاة ، ولا الانتقال به من مصرا إلى قرية لأنه في السواد يقل تعليمه(١) .

وإذا كانت الحاضنة غير الأم كالأخت والعمة والخالة فإنه لا يكون لها حق النقلة بالطفل مطلقاً إلا بإذن من أبيه أو وليه ، وهذا باتفاق الحنفية والجعفرية .

بقي بعد هذا أن نبين حكم انتقال الولد بولده ، والنفقة في هذه المسألة أن الحضانة ما دامت ثابتة للأم أو لغيرها من محارم الطفل فليس لأبيه ولا لغيره حق في أن ينزعه منها وينتقل به إلى مكان آخر غير الذي تقيم فيه ولو كان مصرا قريباً ، لأن في ذلك تفويتاً لحقها في الحضانة .

أما إذا لم يكن للطفل حاضنة ، أو كانت له حاضنة زالت أهليتها للحضانة فإنه يكون للأب أو الولي الحق في أن ينتقل به إلى حيث شاء ، أو إلى حيث تقيم من صار إليها حق الحضانة .

هذا — ولا يحال بين الأم ورؤية ولدها إن كانت حضانته لغيرها ، كما أنه لا يحال بين الأب ورؤية ولده إن كانت حاضنته لا تقيم معه ، ولا يجبر من عنده الولد على أن يرسله إلى أبيه أو أمه لرؤيته ، وإنما عليه أن يبرزه إلى مكان تسهل فيه رؤيته .

٦ — أجرة الحضانة : —

إذا كانت الحاضنة هي الأم وكانت زوجيتها لوالد الطفل لا تزال قائمة ، أو كانت في عدتها من طلاقه الرجعي ، فإنها لا تستحق أجرة على حضانة ولدها .

---

(١) الأحكام الجعفرية المادة ٣٩٢ ص ١٠٢ .

وإن كانت فى عدتها من طلاقه البائن ، فأصح القولين عند الحنفية وهو الذى عليه الفتوى أنها لا تستحق أجرة على الحضانة ، والقول الثانى — وهو مصحح أيضاً — أنها تستحق الأجرة .

وإن كانت قد انقضت عدتها من طلاقه فإنها تستحق أجرة الحضانة لأنها بخروجها من العدة صارت أجنبية عن والد الطفل .

وإذا كانت الحاضنة للصغير غير أمه فلها أجرة الحضانة ما لم تكن متبرعة .

وإذا لم يكن للحاضنة مسكن تمسك فيه الصغير وجب إعداد مسكن لها أو إعطاؤها أجرته .

وإذا كان الطفل بحاجة إلى خادم مع الحاضنة وجب إحضار الخادم لها أو إعطاؤها أجرته ، وذلك إن كان للصغير مال ، أو كان من تجب عليه نفقته موسراً .

وما يحتاج إليه الطفل من فرش و غطاء يجب على من يقوم بالإنفاق عليه أن يهيئه له أو يدفع بدله للحاضنة .

وأجرة حضانة الطفل وأجرة مسكنه وخادمه ، وبدل فرشه وغطائه ، كل هذا يدفع من مال الصغير إن كان له مال ، وإلا فمن مال أبيه أو من مال من تجب عليه نفقته بعد أبيه .

وأجرة الحضانة تثبت للحاضنة من وقت قيامها بها بدون توقف على القضاء ، وتكون ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وهى حق الحاضنة لأنها أجرة على عمل قامت به فلها أن تصالح عليه كما قدمنا .

وإذا وجدت متبرعة بحضانة الطفل ، أو من تقبل أقل من أجرة المثل على حضانته ، فإن كانت المتبرعة أو من تطلب دون أجرة المثل أجنبية عن

الطفل ، أو قريبة من غير محارمه ، فالأم وغيرها من قريباته المحارم أولى بحضانته بأجرة المثل ، سواء أكانت الأجرة من مال الصغير أم كانت من مال أبيه ، أم كانت من مال من تجب عليه نفقته بعد أبيه .

وإن كانت المتبرعة ، أو من ترضى بأقل من أجرة المثل قريبة من محارمه فإن كان الطفل لا مال له ، وكان أبوه أو من تجب عليه نفقته موسراً فالأم أحق بحضانته بأجرة المثل . وإن كان للطفل مال ، أو كان لا مال له وأبوه أو من تلزمه نفقته معسر فالمتبرعة ومن تقبل أقل من أجرة المثل من محارمه أولى من الأم إلا أن تتبرع الأم أو ترضى بما رضيت به قريبته المحرمية . وإنما قدمنا المتبرعة ومن تطلب أجرة أقل مما تطلب الأم فى هذه الصورة الأخيرة محافظة على مال الصغير إن كان له مال ، ولعدم المضارة للأب المعسر أو المنفق المعسر إن لم يكن للصغير مال ، ورعاية جانب الصغير مع ذلك موفورة لأن حاضنته من محارمه — هذا مذهب الحنفية .

وقال الجعفرية : أجرة الحضانة غير لازمة ، لكنه لا يجب على الأم الحضانة مجاناً ، فلها طلب الأجرة ، وللأب الخيار حينئذ بين دفع الأجرة وأخذ الطفل منها . وإذا لم يكن شأن الأب الحضانة ، ولم يوجد متبرع بها قالوا : لا يبعد وجوب إجابتها ، ولو طلبت أكثر مما يطلب غيرها فلا تجاب إلى ذلك . والأجرة تلزم أبا الصغير إن لم يكن للصغير مال ، فإن كان له مال فلا يلزم أباه شىء منها إلا أن يتبرع .

وإذا كانت أم الطفل هى الحاضنة له ولم يكن لها مسكن تمسك فيه الصغير الفقير فعلى أبيه سكناهما جميعاً ، وإن احتاج المحضون إلى خادم وكان أبوه موسراً يلزم به ، وغير الأم من الحاضنات لها الأجرة إذا أبت حضانته مجاناً ولم توجد متبرعة .

ولو أبت أم الطفل حضانته مجاناً ووجدت متبرعة أهل للحضانة ولو أجنبية ، أو كان الأب قادراً على حضانته ولو بالاستعانة بغيره من خادمة أو زوجة ، تخير بين إمساكه مجاناً ودفعه للمتبرعة أو للأب ، فإن لم تختر إمساكه مجاناً ينزع منها ويسلم للمتبرعة أو للأب ، ولا تمنع من رؤيته وتعهده(١) .

٧— مدة الحضانة : —

تبدأ حضانة الطفل من حين ولادته ، وتنتهى بالنسبة للغلام إذا بلغ السن التى يستطيع أن يستقل فيها بخدمة نفسه ، بأن يأكل وحده ، ويشرب وحده ، ويلبس وحده ، وقدر ذلك ببلوغه سن السابعة ، وقيل ببلوغه سن التاسعة ، والفتوى على الأول ، ولا فرق فى هذا بين أن تكون الأم هى الحاضنة أو غيرها .

وتنتهى الحضانة بالنسبة للبنت إذا بلغت المحيض ، وذلك إذا كانت الأم أو الجدة هى الحاضنة .

وإذا كانت الحاضنة غير الأم والجدة تنتهى حضانتها ببلوغها سن المراهقة .

هذا هو ظاهر الرواية فى مذهب الحنفية ، وغير ظاهر الرواية — وهو مروى عن محمد وبه يفتى — أن مدة الحضانة بالنسبة للبنت تنتهى ببلوغها سن المراهقة أماكانت الحاضنة أو جدة أو غيرهما ، وقدر ذلك بتسع سنين على المفتى به ، وقيل بإحدى عشرة سنة(٢) .

---

(١) الأحكام الجعفرية ص ١٠٠ — ١٠١ مادة ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ .

(٢) البحر الرائق جـ ٤ ص ١٦٩ — ١٧٠ .

ومع كون الفتوى على أن مدة الحضانة للغلام سبع سنين ، وللبنت تسع سنين فإن للقاضى الحق فى مد مدة الحضانة إلى تسع سنين للغلام وإلى إحدى عشرة سنة للجارية إذا رأى فى ذلك مصلحتهما ، ولهذا نص المشرع المصرى فى المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن « للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغار بعد سبع سنين إلى تسع ، وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك » .

هذا — وقد راعى الشارع الحكيم مصلحة الصغير والصغيرة حين جعل حضانة الصغير إلى بلوغه السن الذى يستغنى فيها عن خدمة النساء ، وحضانة الصغيرة إلى بلوغها مبلغ النساء أو مايقارب ذلك ، لأن الصغير بعد استغنائه عن خدمة النساء يحتاج إلى أن يتعود أخلاق الرجال ، والنساء لاتصلح لذلك ، فكان لابد أن ينزع من حاضنته بعد استغنائه عنها ويسلم إلى أبيه أو وليه ليقوم على تأديبه وتهذيبه .

أما الصغيرة فإنها بعد بلوغها السن التى تستغنى فيه عن خدمة حاضنتها لا تزال بعد ذلك بحاجة إلى أن تبقى تحت رعايتها وإشرافها ، لتقوم على تعليمها خدمة البيت وتعويدها ما يليق بالمرأة من عادات وأخلاق ، فإذا بلغت المحيض أو كادت كانت بحاجة إلى من يقوم بصيانتها والمحافظة عليها حتى لا يخدش شرفها أو يمس عفافها ، والرجال على ذلك أقدر من النساء . فكان لزاما أن تضم إلى أبيها أو وليها إذا بلغت هذا الحد — هذا مذهب الحنفية .

أما الجعفرية فالمشهور من مذهبهم : أن مدة حضانة الأم للغلام سنتان ، وهى أقصى مدة الرضاعة ، وبعدها يكون الأب أحق به ، ومدة حضانة الأم

للبنت إلى سبع سنين ، وغير المشهور من مذهبهم : أن حضانة الأم للغلام إلى سبع سنين وللجارية إلى تسع .

٨ — مابعد مدة الحضانة : ـ

وإذا انتهت مدة حضانة الغلام ببلوغه سبع سنوات أو تسع سنوات فإنه ينزع من حضانته ويسلم لأبيه أو لأقرب عاصب له إن كان أبوه ميتا أو فى حكم الميت . ولا خيار للغلام ولا لأبيه أو قريبه العاصب فى ذلك ، بل يجبر الغلام على أن ينضم إلى أبيه أو عاصبه ، ويجبر الأب أو العاصب على أن يضم الغلام إليه ، لأن الشارع رأى المصلحه فى ذلك ، وليس لأحد أن يختار غير ما شرع الله «وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضل ضلالا مبينا» .

وإذا لم يكن للغلام أب ولا عاصب دفع إلى وصيه إن كان ، فإن لم يكن وصى بقى عند حاضنته حتى يرى القاضى ما هو أصلح له .

ومذهب الجعفرية : أنه إذا انتهت مدة حضانة الأم ولم يكن للغلام أب فأمه أحق به من الجد والوصى ، وكذا هى أحق به إذا كان الأب فاقدا للشروط . ولا خيار للغلام فى هذه المرحلة (مرحلة ماقبل البلوغ) فى الانفراد عمن له حق ضمه إليه والبقاء معه ، بل يجبر على البقاء .

فإذا بلغ الغلام مبلغ الرجال وكان ذا عقل يستغنى به عن ولاية غيره ، صار أحق بنفسه ، وليس لأبيه ولا لغيره سلطان عليه ، بل يكون مخيراً حين ذاك بين أن يختار البقاء مع أبيه أو عاصبه وبين أن يستقل بنفسه .

وإذا انتهت مدة حضانة البنت ، بأن بلغت تسع سنين أو إحدى عشرة

سنة فإنها تنزع من حاضنتها وتضم إلى أبيها أو إلى أقرب عاصب من محارمها ، ولا خيار فى ذلك للبنت ولا لأبيها أو قريبها العاصب المحرم كما تقدم بالنسبة للغلام .

ومذهب الجعفرية — على ماذكره أبو جعفر الطوسى — أن البنت إذا بلغت سن التمييز فالأم أحق بها إلى حد البلوغ ما لم تتزوج الأم فإن تزوجت فالأب أحق بها (١) ، وذكر غيره أن البنت إذا انتهت حضانتها ببلوغها سن التاسعة كان من حق أبيها أن يضمها إليه (٢) وتجبر على البقاء معه .

فإذا بلغت البنت مبلغ النساء يبقى حق ضمها لأبيها أو لقريبها العاصب المحرم إلى أن تتزوج ، فإذا تزوجت أمسكها زوجها ، وإذا لم تتزوج بقيت عند أبيها أو عاصبها المحرم إن كانت بكرا يخشى عليها من الفتنة ولو كانت أمينه على نفسها . وكذلك إذا كانت ثيبا غير مأمونة على نفسها ، فإذا أسنت البكر وعرف عنها العفة وحسن الرأى صارت أحق بنفسها ، وليس لأبيها ولا أحد أن يجبرها على المقام معه وكذلك حكم الثيب المأمونة على نفسها (٣) .

وقال الجعفرية : إذا بلغت الأنثى مبلغ النساء وكانت غير مأمونة إذا انفردت فلا خيار لها ، ولأبيها أو جدها ضمها إليه ، وإذا أصرت على الانفراد وهى غير رشيدة فلا تزول الولاية عنها سواء أكانت بكراً أم ثيبا . وإن كانت رشيدة مأمونة على نفسها فليس لأحد من أوليائها ضمها

---

(١) مسائل الخلاف ﺟ ٢ ص ١٣٢ .
(٢) الأحكام الجعفرية ص ١٠٩ مادة ٣٩١ .
(٣) البحر الرائق ﺟ ٤ ص ١٧١ .

إليه بدون رضاها سواء أكانت بكرا شابة أم ثيبا (١) ، ولكن يكره لها مفارقة أبويها أو من هى عنده منهما حتى تتزوج .

هذا — وينبغى أن نلاحظ أنه لابد من أن تتوفر فيمن له حق ضم الصغير أو الصغيرة بعد نهاية سن الحضانة نفس الشروط التى اشترطناها لأهلية الحاضن .

(١) الأحكام الجعفرية ص ١٢٥ مادة ٤٩٩ .

الباب الرابع

فى : النفقـــة

تمهيـــد :

لانريد بالنفقة هنا نفقـة الأولاد وحسب ، بل نريد بها مايعم نفقـة الأولاد وهم الفروع وإن نزلوا ، ونفقة الآباء وهم الأصول وإن علوا ، ونفقة ذوى الأرحام وهم الحواشى كالأخ والأخت ، والعم والعمة ، والخال والخالة .

وإنما أردنا بالنفقة مايعم نفقة هؤلاء جميعاً ، لأننا حينما عرضنا لموضوع ثبوت النسب لم تقتصر على ثبوت البنوة وحدها ، وإنما عرضنا لثبوت البنوة ، والأبوة ، والأخوة ، والعمومة ، وسائر الصلات الرحمية .

والقرابة فى الجملة سبب لوجوب نفقة القريب المعسر على قريبة الموسر ، لأن بينهما رحما لها حرمتها وحقها ، فلا بد للموسر أن يبلها ببلالها ، ويصلها بالإنفاق عليها والإحسان لها ، وإلا لـكان قاطعاً لما أمر الله به أن يوصل ، وكفى بالمرء إثمـا أن يضيع من يقوت .

والقرابة الموجبة للإنفاق مختلف فيها بين الفقهاء :

فالمالـكية يرون أن القرابة الموجبة للإنفاق هى قرابة الولادالمباشرة ، أى فى أول درجاتها صاعدة أو نازلة ، وعلى هذا فلا تجب النفقة عندهم إلا على الأبوين المباشرين والأولاد الصلبيين ، أما من عداهم كالأجداد والجدات ، وأبناء الأبناء وأبناء البنات ، والعمات والخالات ، فلا نفقة عليهم بسبب هذه القرابات ، ودليلهم على ماذهبوا إليه قوله تعالى (.. وبالوالدين إحسانا)

وقوله (.. وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)[1] وقوله عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لأبيك) .. وغير ذلك من النصوص التي تدل على وجوب النفقة على الأبوين والأولاد ، أما من عداهم فليس عليهم نفقة ، لأن النصوص لم تشملهم ، كما أنهم ليسوا فى قوة الآباء المباشرين أو الأولاد الصلبيين حتى يقاسوا عليهم ، فليس الجد فى قوة الأب ، ولا ابن الإبن فى قوة الإبن حتى يكون له حكمه فى وجوب النفقة له أو عليه .

والشافعية يرون أن القرابة الموجبة للإنفاق هى قرابة الولاد مطلقا ، وعلى هذا تجب النفقة عندهم على الأصول وإن علوا ، وعلى الفروع وإن نزلوا ، ولا تجب على غير هؤلاء ، واستدلوا بما استدل به المالكية إلا أنهم قالوا : إن الأصول آباء وإن علوا ، والفروع أبناء وإن نزلوا ، فالنصوص تشمل الأجداد والجدات كما تشمل الآباء والأمهات ، وتشمل أبناء الأبناء كما تشمل الأبناء .

والحنابلة يرون أن القرابة الموجبة للإنفاق هى القرابة التى يكون فيها القريب الموسر وارثا لقريبه المحتاج على فرض كونه ذا مال ، لقوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) ، ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضى كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس فينبغى أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم ، فإن لم يكن وارثا لعدم القرابة لم تجب عليه النفقة لذلك[2] .

---

(١) دلت الآية بالعبارة على إيجاب نفقة الزوجات على أزواجهن ، ودلت بالإشارة على أن نفقة الأولاد على أبيهم ، لأنه إذا وجبت نفقة أم الولد على أبيه بسببه فلأن تجب له هو من باب أولى — انظر البحر الرائق حـ ٤ ص ٢٠١ وفتح القدير حـ ٣ ص ٣٤٤ .

(٢) المغنى لابن قدامة المقدسى جـ ٧ ص ٥٨٤ ، وانظر ماذكره فى شأن نفقة ذوى الأرحام جـ ٧ ص ٥٨٦ .

ولما كانت القرابة التى يتفرع عليها الميراث هى الموجبة للنفقة عندالحنابلة فإنهم يشترطون اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه ، بخلاف المالكية والشافعية فإنهم لايشترطون ذلك لأنهم نظروا لمجرد القرابة .

والحنفية يرون أن القرابة الموجبة للإنفاق هى القرابة المحرمية ولو كانت قرابة الحواشى ، أما القرابة غير المحرمية فلا يستحق بسببها نفقة . أما كون القرابة موجبة للنفقة ، فلأن الشارع أمر بصلة الرحم ، ومن صلتها الإنفاق عليها عند الحاجة ، وأما شرط كونها محرمية ، فلأن الشارع لما خص المحارم من ذوى الأرحام بحرمة التزاوج بينهم مخافة القطيعة دل ذلك على أن المحارم تختص أيضا بوجوب النفقة لهم دون سائر الأرحام عند إعسارهم وعجزهم ، وبذلك تتحقق صلتهم ولا تكون قطيعة .

والجعفرية يرون أن القرابة الموجبة للإنفاق هى القرابة التى تقوم على الجزئية بين المنفق والمنفق عليه ، وذلك خاص بالأصول والفروع مطلقا ، أما بالنسبة للحواشى فالموجب للنفقة هو القرابة التى يكون فيها القريب الموسر وارثا لقريبه المحتاج ولو لم يكن محرما (١) .

ولا نريد ـ كعادتنا ـ أن نطيل بذكر مباحث النفقة على اختلاف المذاهب ، بل يكفى أن نقتصر على مايهمنا ذكره من مذهب الحنفية والجعفرية ، لأنهما هما المذهبان اللذان يجرى عليهما العمل فى العراق .

ولابد لنا أن نقدم بين يدى مباحث النفقة بعض الأصول المقررة حتى نسير على ضوئها فيما يعرض لنا من مسائلها ، وإليك هذه الأصول :

---

(١) هذا عند من يقول بوجوب النفقة لذوى الأرحام ، والمشهور من مذهب الجعفرية أنها مستحبة ولا يجبر القريب عليها . وراجع فى هذا الموضوع المسألة رقم ٣١ من مسائل النفقات من كتاب مسائل الخلاف حـ ٢ ص ١٣١ .

الأصل الأول ـ القرابة متفاوتة ، وهي نوعان (النوع الأول) قرابة الولاد ، والمراد بها قرابة الأصول والفروع المنحصرة في عمود النسب ، وهذه كلها محرمية ، فلا يحل زواج بين أصل وفرع وإن تباعد ما بينهما . (النوع الثاني) قرابة غير الولاد ، والمراد بها قرابة الحواشي الخارجين عن عمود النسب ، وهذه منها قرابات محرمية كالأعمام والعمات ، والأخوال والخالات ، ومنها قرابات غير محرمية كأبناء الأعمام ، وأبناء العمات ، وأبناء الأخوال ، وأبناء الخالات .

الأصل الثاني ـ من كان له مال فنفقته في ماله صغيرا كان أو كبيرا ، ويستثنى من ذلك الزوجة ، فإن نفقتها تجب على زوجها ولو كانت موسرة .

الأصل الثالث ـ لاتجب نفقة القريب على قريبه عند الحنفية إلا إذا كان ذا رحم محرم له . وعند الجعفرية لاتجب نفقة القريب إلا إذا كان من الأصول أو الفروع ، أما ذوو الأرحام غير الأصول والفروع فيكفي عند من يوجب لهم النفقة أن يكون بين المنفق والمنفق عليه توارث ولا يشترط كون القرابة محرمية .

الأصل الرابع ـ لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد ، كما لا يشارك الأب في نفقة أولاده أحد . وعند الجعفرية لو كان للشخص أب وابن موسران فنفقته عليهما بالسوية .

الأصل الخامس ـ لانفقة مع اختلاف الدين إلا للأصول والفروع والزوجة .

الأصل السادس ـ لا تجب على فقير قادر على الكسب نفقة لأحد إلا لأصوله وفروعه وزوجته ، فعليه مادام قادراً على العمل أن يسعى ويعمل لينفق من كسبه عليهم ، فإن أبى أجبر على ذلك .

الأصل السابع ـ من امتنع وهو موسر عن الإنفاق على قريبه الذي

تجب عليه نفقته يحبس كما يحبس الزوج فى نفقة زوجته ، ولا يستثنى الأب من ذلك وإن كان لايحبس الزوج فيما عدا ذلك من دين عليه لولده .

الأصل الثامن ـ النفقة الواجبة الأصول على الفروع ، ونفقة الحواشى بعضهم على بعض تكون على قدر كفايتهم ، لأنها لسد الحاجة فلا يجب الزيادة عليها ، أما النفقة الواجبة للوالد على أبيه فتكون على قدر الحاجة إن كان الأب معسرا ، وعلى حسب مايراه القاضى إن كان الأب موسرا ، حتى لو كان الولد بحاجة إلى خادم فرض القاضى على الأب نفقة خادم له .

الأصل التاسع ـ نفقة الأصول والفروع لايتوقف وجوب أدائها على قضاء القاضى كما هو الشأن فى نفقة الزوجة ، أما نفقة الحواشى بعضهم على بعض فإنه يتوقف وجوب أدائها على القضاء .

الأصل العاشر ـ لايقضى بنفقة فى مال الغائب إلا للوالدين والأولاد والزوجة ، وذلك لأن وجوب النفقة لهم ثابت فى حد ذاته وقضاء القاضى إنما هو من باب الإعانة لصاحب الحق على الوصول إلى حقه .

الأصل الحادى عشر ـ نفقة الأصول والفروع والحواشى تسقط بمضى المدة(١) إلا إذا كانت مفروضة ومستدانة بالفعل بإذن من القاضى ، أو بإذن من وجبت عليه ، واستثنى بعض فقهاء الحنفية من ذلك نفقة الصغير حيث

---

(١) والمدة التى تسقط بمضيها النفقة ـ عند الحنفية ـ شهرفأ كثر وذلك لأن نفقه الأقارب فرضت لسد حاجتهم ، فإذا مضى شهر فأ كثر ولم يأخذ القريب نفقته دل ذلك على أنه استغنى . أما ما دون الشهر فلا تسقط نفقته وله أن يطالب بها وعند الجعفرية تسقط نفقة القريب بمضى شهر أو أ كثر أو أقل ما لم تكن مستدانة بإذن القاضى .

جعلوها كنفقة الزوجة تثبت من وقت القضاء أو التراضى ، ولا تسقط بعد الفرض بمضى المدة ، وهى دين ضعيف يسقط بموت الصغير ، ولا تكون دينا قويا إلا إذا استدينت بالفعل بإذن من القاضى أو بإذن من وجبت عليه(١) .

هذه هى أهم الأصول التى يجب معرفتها قبل الخوض فى مسائل النفقات ، وبعد هذا نتكلم عن النفقة الواجبة للفروع على الأصول ، ثم عن النفقة الواجبة للأصول على الفروع ، ثم عن نفقة ذوى الأرحام ـ وهم الحواشى ـ بعضهم على بعض ، وسنفرد لكل نوع من هذه الأنواع الثلاثة فصلا مستقلا ثم نختم الباب بفصل رابع وأخير نرتب فيه من تجب عليهم النفقة عند التعدد مع اتحادهم فى نوع القرابة أو اختلافهم فيها ، فنقول :

الفصل الأول

فى : النفقة الواجبة للفروع على الأصول

إذا كان للفرع مال فإنه لايستحق نفقة على أحد لأن نفقته فى مال نفسه صغيراً كان أو كبيراً ، ذكراً كان أو أنثى .

وإذا لم يكن له مال ، وكان قادراً على الكسب فكذلك لا يستحق نفقة على أحد لأن عليه أن يعمل لينفق على نفسه .

---

(١) جرى عمل القضاء فى مصر على هذا الرأى كما هو بدون تغيير ، لأنهم رأوه أرفق بالناس ، بخلاف نفقة الزوجة حيث ترك العمل بمذهب الحنفية فيها إلى ما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ من أنها دين بمجرد الامتناع ، وأنها دين قوى لايسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

وإذا لم يكن له مال ، وكان عاجزاً عن الكسب لصغره(١) ، أو لكونه أنثى ولو كبيرة قادرة على الكسب ولا كسب لها بالفعل(٢) ، أو لكونه كبيراً لا يقدر على الكسب لمرض مزمن يقعده عن العمل ، كعمى وشلل فإنه يكون مستحقاً للنفقة(٣) .

وإذا كان للفرع — ذكراً أو أنثى — مال لا يكفيه ، أو كسب لا يفي بحاجته وجب على أبيه أو من يليه من أصوله فى وجوب الإنفاق عليه أن يكمل له ما يكفى لسد حاجته .

وإذا كان للصغير أو للكبير العاجز مال لا تصل يده إليه وهو فى حاجة إلى النفقة كان على أبيه أو من يليه من أصوله أن ينفق عليه من مال نفسه حتى يحضر ماله فيرجع عليه فيه بما أنفق إن كان أنفق بإذن من القاضى ، أو كان أنفق بغير إذنه ولكنه أشهد عند الإنفاق أنه سيرجع عليه ، فإن كان قد أنفق

---

(١) إذا بلغ الصغير حد الكسب كان لأبيه أن يدفعه إلى العمل وينفق عليه من كسب عمله .

(٢) الأنوثة فى حد ذاتها عجز ولو مع القدرة على العمل ، لأن الشأن فى المرأة ألا تعمل للكسب ، وليس للأب أن يدفعها للعمل ، ولكن لو كان لها كسب من نحو خياطه أو حياكة أو وظيفة فإنها تكون بذلك مستغنية ونفقتها من كسبها مادام أبوها فقيرا . ونفقة البنت التى لا كسب لها بالفعل تكون على أبيها أو من يليه من أصولها حتى تتزوج فتكون نفقتها على زوجها فإن طلقت وانقضت عدتها وكانت محتاجة عادت نفقتها إلى أبيها أو من يليه فى الإنفاق عليها .

(٣) ألحق الفقهاء بالعاجز فى استحقاق النفقة من كان من أبناء الأشراف ولا يستأجره الناس لعمل يليق به وطالب العلم الذى يشغله طلب العلم عن الكسب .

بغير إذن ولا إشهاد كان متبرعا بما أنفق ولا حق له فى الرجوع قضاء، أما ديانة فله الحق فى الرجوع بما أنفق إن كان قد نواه .

ونفقة الأولاد هى كل ما يحتاجون إليه من طعام وكسوة وسكنى وأجرة خادم إن أحتيج له ، وأجرة رضاعة وحضانة إن كان الولد صغيرا . ولا يدخل فى نفقة الولد نفقة زوجته فلا يطالب بها الأب أو غيره إلا إذا كان متكفلا بها .

واختلاف الدين وعدم الميراث لا يمنعان من وجوب النفقة للفرع على أصله باتفاق الحنفية والجعفرية .

إذا علمت هذا ، فاعلم أن نفقة الولد المحتاج — ذكراً أو أنثى — تكون على أبيه وحده إن كان أبوه موجوداً وقادراً على النفقة ، لما تقدم من أن الأب لايشاركه أحد فى نفقة أولاده إلا فى حالة تقدمت عند الجعفرية . وإن كان أبوه غير موجود أو موجوداً فى حكم المعدوم فنفقته تكون على غير أبيه من أصوله أو غيرهم من قرابته ، وعلى هذا فنفقة الولد تارة تكون على أبيه وحده ، وتارة تكون على غير أبيه من أصوله وحدهم ، وتارة لايستقل بها الأصول بل ينفرد بها غيرهم أو يشاركهم فيها ، وما دام هذا الفصل معقوداً للنفقة الواجبة للفروع على الأصول فإنا نتكلم أولا عن النفقة الواجبة للولد على أبيه ، ثم عن النفقة الواجبة له على غير أبيه من أصوله ، وإليك بيان ذلك :

أولا ـ النفقة الواجبة للولد على أبيه : ـ

للأب أربع حالات ١ — تارة يكون صاحب مال ٢ — وتارة يكون لامال له ولكنه قادر على العمل ، وطرق الكسب ميسرة له ٣ ـ وتارة يكون

لا مال له ولكنه قادر على العمل وطرق الكسب غير ميسرة له ٤ — وتارة يكون لا مال له ولا يقــدر على العمل بحال من الأحوال ، ولكل حالة من هذه الحالات الأربع حكمها :

الحالة الاولى — إذا كان الأب صاحب مال وجب عليه أن ينفق على ولده المحتاج من ماله ، وإن امتنع أجبر على ذلك .

الحالة الثانية — إذا كان الأب لا مال له ولكنه قادر على العمل وطرق الكسب ميسرة له وجب على الأب أن يعمل ويجد فى طلب الرزق وينفق على ولده من كسب عمله ، وإن امتنع عن العمل ، وهذه حاله أجبر عليه بالحبس ونحوه .

الحالة الثالثة — إذا كان الأب لا مال له ولكنه قادر على العمل وطرق الكسب غير ميسرة له كانت نفقة ولده واجبة عليه أيضا ولكنه لا يكلف بأدائها لعدم وجود شيء فى يده ، وإنما تكلف أم الولد بالإنفاق عليه من مالها إن كان لها مال ، ويكون ماتنفقه دينا لها على زوجها ترجع به عليه إذا أيسر ، فإن لم يكن للولد أم ، أو كانت له أم ولا مال لها يكلف جده بالإنفاق عليه ، ويرجع بما أنفق على أبيه بعد يساره ، فإن لم يكن له جد أو كان له جد لا مال له كان على من يلى الجد فى وجوب الإنفاق أن ينفق من ماله ويرجع بما أنفق على الأب . . وهكذا ، فإذا لم يوجد أحد ينفق عليه من أقاربه كانت نفقته فى بيت مال المسلمين — هذا هو الراجح من مذهب الحنفية .

وذهب الجعفرية — وهو قول لبعض الحنفية — إلى أنه إذا كان الأب قادرا على العمل وطرق الكسب غير ميسرة له اعتبر الأب فى حكم الميت ،

وتكون نفقة الولد على من تلزمه نفقته بعد موت أبيه ولا يرجع بها على الأب إذا أيسر . وفى حكم ما تقدم — على الخلاف بين الحنفية والجعفرية — ما لو كانت طرق الكسب ميسرة للأب ولكنها لا تفى بحاجته وحاجة ولده .

الحالة الرابعة — إذا كان الأب لا مال له ولا قدرة له على العمل بحال ما لشيخوخة ، أو لمرض مزمن مقعد ، أو لنحو ذلك ، اعتبر الأب فى حكم الميت وتكون نفقة الولد على من تلزمه نفقته بعد موت أبيه على ما ستعرفه .

ثانيا — النفقة الواجبة للولد على غير أبيه من أصوله :—

إذا مات أبو الولد المستحق للنفقة أو كان فى حكم الميت لإعساره وعجزه بالكلية عن الكسب انتقلت نفقته إلى من يلى الأب فى وجوب النفقة عليه من أقاربه ، وقد تنحصر النفقة الواجبة للمحتاج فى أصوله لعدم وجود من تجب عليه من غيرهم ، فإن كان الأمر كذلك ، فإما أن يكون له قريب واحد من الأصول ، وإما أن يكون له منهم أقرباء .

فإن كان له قريب واحد من الأصول — من جهة الأب أو من جهة الأم — وكان موسرا كانت نفقته عليه وحده لأنه متعين لها .

وإن كان له أقرباء من الأصول وكانوا جميعا موسرين ، فهذه حالة تأتى على ثلاث صور ، لكل صورة حكمها :

الصورة الأولى — أن يكون جميع الأصول وارثين — وهؤلاء تكون النفقة عليهم جميعا بنسبة أنصابهم فى الميراث دون التفات إلى تساويهم أو تفاوتهم فى درجة القرابة ، وعلى هذا فمن له أم ، وجد لأب فنفقته عليهما بنسبة الإرث ، فعلى الأم الثلث ، وعلى الجد الثلثان . ومن له جدة لأم وجد لأب كان على الجد السدس وعلى الجد لأب الباقى .

الصورة الثانية — أن يكون جميع الأصول غير وارثين — وهؤلاء إما أن تتساوى درجة قرابتهم من الولد ، وإما أن تتفاوت ، فإن تساوت كانت النفقة عليهم بالسوية ، وإن تفاوتت كانت النفقة على أقربهم له ، وعلى هذا فمن له أبو أبي أم ، وأم أم أم فنفقته عليهما بالتساوى ، ومن له أبو أم ، وأبو أم أب فنفقته على أب الأم لقرب درجته ، وليس على أبي أم الأب شيء .

الصورة الثالثة — أن يكون بعض الأصول وارثين وبعضهم غير وارثين — وهؤلاء إما أن تتساوى درجة قرابتهم من الولد ، وإما أن تتفاوت ، فإن تساوت كانت النفقة على الوارث منهم بنسبة ميراثه ، ولا نفقة على غير الوارث ، وعليه فمن كان له جد لأب وجد لأم فنفقته على جده لأبيه دون جده لأمه .

وإن تفاوتت درجة قرابتهم كانت النفقة على أقربهم درجة ولو كان غير وارث ، ولا شيء على الأبعد ولو كان وارثا ، وعليه فمن كان له أم ، وأبو أم فنفقته على أمه لقرب درجتها ، ولا شيء على أبي الأم لبعده ، ومن كان له أبو أم وأبو أبي أب فنفقته على أبي أمه لقربه وإن لم يكن وارثا ، ولا شيء على أبي أبي الأب لبعده وإن كان هو الوارث ، وعلة هذا أن سبب استحقاق النفقة هنا هو الجزئية — جزئية الفرع لأصله — وكلما قربت درجة القرابة كلما قويت الجزئية فيرجح الأقرب لرجحان سبب وجوب النفقة عليه — هذا مذهب الحنفية .

وذهب الجعفرية : إلى أنه إذا كان أبو الولد المحتاج معدوما أو فى حكم المعدوم لعسره فنفقة الولد على أب الأب ، فإن عدم أو كان فى حكم المعدوم فعلى أب الجد لأب . . وهكذا وإن علا ، وإن عدمت الآباء أو كانوا

فى حكم المعدومين فنفقته على أمه ، ومع عدمها أو فقرها تكون نفقته على أجداده وجداته لأمه وإن علوا الأقرب فالأقرب وإن كان الأقرب أنثى والأبعد ذكرا ، ومع التساوى فى القرب تكون النفقة عليهم بالسوية وإن اختلفوا ذكورة وأنوثة (١) .

الفصل الثانى

فى : النفقة الواجبة للأصول على الفروع

الفرع إما أن يكون غنياً وإما أن يكون فقيراً ، فإن كان غنياً وله أصول فقراء فنفقتهم عليه ولو كانوا قادرين على الكسب .

والأصول هم الأبوان ، والأجداد ، والجدات من جهة الأب أو من جهة الأم .

المعتبر فى وجوب النفقة عند تعدد الفروع هو قرب درجة الفرع من أصله دون نظر إلى كونه وارثا أو غير وارث ، متحدا معه فى دينه أو غير متحد ، فإن كانوا جميعا فى درجة واحدة فنفقة الأصل عليهم بالسوية (٢) .

---

(١) الأحكام الجعفرية ص ١٠٣ مادة ٣٩٩ ، مادة ٤٠٠ ، والمختصر النافع ص ٢١٩ ، وانظر الخلاف حـ ٢ ص ١٣٠ فقد ذكر فيه أنه إذا اجتمع أم الأم وأم الأب ، أو أبو الأم وأم الأب فهما سواء لأنهما تساويا فى الدرجة .

(٢) نقل صاحب البحر الرائق فى الجزء الرابع ص ٢٠٦ عن الخانية : أنه لو كان للفقير ابنان أحدهما فائق الغنى والآخر يملك نصابا كانت النفقة عليهما على السواء ، ونقل فى الموضع نفسه عن شمس الأئمة الحلوانى أنه قال: قال مشايخنا هذا إذا تفاوتا فى اليسار تفاوتا يسيراً ، أما إذا تفاوتا تفاوتا فاحشا يجب أن يتفاوتا فى قدر النفقة ا هـ .

وعلى هذا فمن له بنت ، وابن ابن فنفقته كلها على بنته لقرب درجتها منه ، ولا شيء على ابن الابن لبعده ، ومن له ابن ابن ، وبنت بنت فنفقته عليهما بالسوية لاتحادهما فى الدرجة ، ومن كان مسلما وله ابنان أحدهما مسلم والآخر كتابى فنفقته عليهما بالسوية ، ومن كان له ابن كتابى ، وابن ابن مسلم فنفقته على ابنه الكتابى اقربه وإن خالفه فى دينه ، ولا شيء على ابن ابنه المسلم لبعد الدرجة وإن وافقه فى دينه .

وإن كان الفرع فقيرا فإما أن يكون له كسب يزيد عن حاجته ، وإما أن يكون له كسب لا يزيد عن حاجته ، وإما أن يكون عاجزا لا كسب له، فهذه ثلاث صور :

الصورة الأولى — إذا كان للفرع كسب يزيد عن حاجته وجب عليه ديانة وقضاء أن ينفق من فائض كسبه على من تلزمه نفقته من أصوله الفقراء ولو كانوا قادرين على الكسب ، فالولد الذى له دخل يومى أو شهرى يفيض عن حاجته يجب عليه أن ينفق منه على أبيه الفقير ولو كان قادرا على الكسب وطرقه ميسرة له ، لأنه لايليق بالابن أن يلجىء أباه إلى الكد والتعب فى طلب الرزق وهو قادر على أن يريحه من ذلك ، بل ويجب على الابن نفقة زوجة أبيه وخادمه إن كان بحاجة إلى زوجة وخادم ، كما يجب على الابن أن يقرر لأبيه نفقة خاصة يستقل بها إن طلب الأب منه ذلك — وكذا الحكم بالنسبة لسائر الأصول ، غير أنه ينبغى أن يلاحظ أنه إذا كانت الأم متزوجة فنفقتها على زوجها وحده ، فإن كان زوجها فقيراً فعلى ابنها أو من يليه فى وجوب الإنفاق عليها على فرض أنها غير متزوجة أن ينفق عليها من ماله ثم يرجع بما أنفق على زوجها إذا

أيسر (١) . وبهذا كله قال الجعفرية إلا أنهم يشترطون عجز الأب عن الكسب لوجوب نفقته على ولده الذى له كسب يزيد عن حاجته .

الصورة الثانية — إذا كان للفرع كسب لايزيد عن حاجته ، وهذه تحتها ثلاثة فروع :

أ — أن يكون الأصل قادرا على الكسب وطرقه ميسرة — والحكم أنه لايجب للأصل على فرعه نفقة، إذ لايكلف الله نفسا إلا وسعها ،وعلى الأصل أبآ أو جدآ أن يعمل ويسعى من أجل رزقه ، أما الأم والجدات فهن عاجزات عن الكسب بمقتضى الأنوثة فيدخلن فى حكم الفرع التالى .

ب — أن يكون الأصل عاجزا عن الكسب — والحكم أنه إذا كان للفرع أولاد وجب على الفرع ديانة وقضاء أن يضم أصله إليه ليعيش معه ومع أولاده حتى لايضيع ، وليس فى ذلك كبير ضرر على الفرع وأولاده ، لأن طعام الاثنين يكفى الثلاثة ، وطعام الثلاثة يكفى الأربعة ، ولا يجبر الفرع على هذه الحالة على أن يخص أصله بنفقة مستقلة ، لما فى ذلك من الضرر المحقق .

وإذا لم يكن للفرع ولد وكان يعيش وحده وجب عليه أن يضم أصله إليه ديانة فقط ، وفى القضاء لايجب ضمه إليه ، لأن إدخال الواحد على الواحد فى طعامه يلحق به ضررا كبيرا حيث يأكل مالا يقوته ، وحينئذ

---

(١) إذا كان زوج الأم هو الأب وكان عاجزا عن الإنفاق عليها فإن كان محتاجا إليها فنفقتها على ابنها موسرة كانت الأم أو معسرة ، لأن نفقتها حينئذ من أجل حاجة الأب ، وعلى الإبن أن يقوم بكل ما يحتاج إليه الأب ، وإن كان الأب غير محتاج إليها فإن كانت موسرة فنفقتها من مالها وإن كانت معسرة فنفقتها على ابنها ، لا من أجل أبيه لعدم احتياجه إليها بل من أجل كونها أما له .

يضعف عن العمل ، ويعجز عن الكسب ، وفى ذلك خوف هلاكهما جميعاً ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (ابدأ بنفسك ثم بمن تعول) . ويرى بعض فقهاء الحنفية أنه يجبر قضاء على ضمه إليه ، واحتجوا بقوله عليه الصلاة والسلام (طعام الواحد يكفى الاثنين) ، وبما روى عن عمر رضى الله عنه قال (لو أصاب الناس السنة — يعنى الشدة والمجاعة — لأدخلت على أهل كل بيت مثلهم ، فإن الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم) (١) — وعند الجعفرية من كان له كسب لا يزيد عن حاجته وحاجة زوجته سقطت عنه نفقة أبيه وأمه وكذا سائر أصوله .

(ج) أن يكون للفرع أكثر من أصل مستحق للنفقة وهو لا يقدر إلا

---

(١) جرينا فى هذه المسألة على ماجاء فى البحر الرائق ج ٤ ص ٢٠٦ وما نقله ابن عابدين فى حاشيته على البحر عن الذخيرة ، وعلى ما جاء فى حاشيته ابن عابدين على الدر المختار ج ٢ ص ٦٩٥ — ٦٩٦ لأنا وجدناه أكثر تعقلا ، وهذا هو الذى ارتضاه المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم واقتصر عليه فى كتابه الأحوال الشخصية ، وكذلك ارتضاه واقتصر عليه فى كتابه أيضا أستاذنا الشيخ عبد الرحمن تاج شيخ الأزهر السابق . وقد جاء فى بدائع الصنائع ج ٤ ص ٣٦ ماحاصله: أن الولد الذى له كسب لايزيد عن حاجته يجب عليه قضاء وديانة أن يضم أباه إليه فى نفقته إذاكان الأب عاجزا عن الكسب سواء أكان للولد أولاد أم كان لا ولد له ولا زوجة ، أما إن كان الأب قادرا على الكسب فإنه يجب على الولد ديانة وقضاء أن يضم أباه إليه إن كان له أولاد ، فإن لم يكن له أولاد وكان يعيش وحده فقول عامة الفقهاء أنه لايجبر على ضمه إليه ، وقيل يجبر . وما جاء فى البدائع هو الذى ارتضاه الأستاذ الشيخ أبو زهرة واقتصر عليه فى كتابه الأحوال الشخصية .

على نفقة واحد فقط ـ والحكم أنه يبدأ بالأقرب فالأقرب ، فإن كان له أب وأم بدأ بأمه ، وقيل تقسم النفقة بين الأب والأم وهو قول الجعفرية أيضا ، وإن كان له أب وجد بدأ بأبيه .. وهكذا .

الصورة الثالثة ـ إذا كان الفرع عاجزا ولا كسب له فليس عليه نفقة لأصوله ولا لغير أصوله ، وإنما تكون نفقة الأصول على من يلي الفرع فى وجوب النفقة .

الفصل الثالث

فى : نفقة الحواشى بعضهم على بعض

المراد من الحواشى هم الأقرباء الخارجون عن عمود النسب أى من ليسوا أصولا ولا فروعا كالأخ والأخت ، والعم والعمة ، والخال والخالة ، وما تفرع منهم ، وهؤلاء يعرفون فى باب النفقة بذوى الأرحام وإن كان ذووا الأرحام بالمعنى العام يشمل الأقرباء جميعا .

والحواشى قسمان : قسم قرابته محرمية ، أى يحرم على القريب منهم أن يتزوج قريبه لو فرض أحدهما ذكرا والآخر أنثى ، وهؤلاء كالأخوة والأخوات وما تفرع منهم ، والأعمام والعمات ، والأخوال والخالات ، فلا يحل للأخ أن يتزوج أخته أو بنتها ، كما لا يحل له أن يتزوج عمته أو خالته .

وقسم قرابته غير محرمية ، أى لا يحرم على القريب منهم أن يتزوج قريبه لو فرض أحدهما ذكرا والآخر أنثى ، وهؤلاء كأبناء الأعمام ، وأبناء العمات ، وأبناء الأخوال ، وأبناء الخالات ، فيحل للإنسان أن يتزوج بنت عمه ، وبنت عمته ، وبنت خاله وبنت خالته .

والذى يجب عليه النفقة من هؤلاء لقريبه الرحمى — عند الحنفية — هم أصحاب القسم الأول ، أى الأقرباء المحارم ولو لم يكونوا وارثين بالفعل ، أما الأقرباء غير المحارم فلا نفقة عليهم ولو كانوا وارثين بالفعل (١) ، وكذا لانفقة على المحارم غير الأقرباء كالأخ رضاعا والعمة من الرضاع وكذا لانفقة على الأقرباء المحارم الذين حرمتهم بسبب غير القرابة كبنت العم نسبا إذا شاركت ابن عمها فى الرضاع ، فإنها تحل له من ناحية النسب ولكنها حرمت عليه من أجل الرضاع ..

وذهب الجعفرية فى المشهور عنهم إلى أن نفقة ذوى الأرحام — وهم الحواشى مستحبة فقط ولا يجبر القريب عليها ، والاستحباب آكد فى حق الوارث ، وغير المشهور أنها تجب لكل ذى رحم وارث فقير وإن لم يكن محرما ، وبعض أصحاب هذا القول خصها بالصغير وبعضهم جعل الوجوب شاملا للصغير والكبير (٢) .

ويشترط لوجوب نفقة ذوى الأرحام المحارم بعضهم على بعض توفر الشروط التالية :

أولا — اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه ، وذلك لأن سبب وجوب

---

(١) استدل الحنفية على أنه لابد من المحرمية فى وجوب نفقة ذوى الأرحام بقراءة ابن مسعود (وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك) وأقل مايقال فى هذه القراءة إنها تفسير مسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقد تمسك الحنابلة وابن أبى ليلى والموجبون لنفقة ذوى الأرحام الوارثين من الجعفرية بظاهر قوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) فأوجبوا للقريب نفقة على قريبه إذا كان بينهما توارث بصرف النظر عن المحرمية وعدمها .

(٢) الأحكام الجعفرية ص ١٠٨ والمختصر النافع ص ٢١٩ .

نفقة ذوى الأرحام إنما هو القرابة المحرمية المورثة فى الجملة (١)، لقوله تعالى (.. وعلى الوارث مثل ذلك) ، وإذا كان الميراث فى الجملة ملحوظا وجب اتحاد الدين لأنه لا توارث بين مسلم وغير مسلم .

ثانياً — أن يكون المنفق عليه محتاجا ، فلا تجب إلا لفقير عاجز عن الكسب لصغر ، أو أنوثة ، أو زمانة .

ثالثاً — أن يكون المنفق موسراً ، وذلك بأن يكون مالكا لنصاب الزكاة ، أو له كسب يزيد عن حاجته وحاجة زوجته وأولاده إن كان له زوجة وأولاد (٢) ، فإن كان فقيرا وله قدرة على العمل فإنه لايجبر على أن يعمل ويتكسب من أجل الإنفاق على قريبه ، بخلاف ماتقدم فى نفقة الأصول والفروع من أنه يجبر الفقير القادر منهم على العمل لينفق من كسب عمله على أصله أو فرعه المحتاج .

وينبغى أن يلاحظ ماتقدم من أن نفقة القريب من الحواشى يتوقف وجوب أدائها على قضاء القاضى ، وعلى هذا فلا يجوز لمن أصابت يده مالا لقريبه أن يأخذ منه نفقته بدون إذن ، بخلاف الأصول والفروع والزوجة حيث يجوز للأب أن يأخذ نفقته من مال ابنه بدون إذن لقوله عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لأبيك) وكذا يجوز للولد أن يأخذ نفقته من مال أبيه بغير إذنه ، وللزوجة أن تأخذ من مال زوجها بغير إذنه لقوله عليه الصلاة والسلام لزوجة أبى سفيان (خذى من مال زوجك مايكفيك وولدك بالمعروف).

---

(١) المراد بالميراث فى الجملة أنهم أهل له يستحقون فى بعض الحالات وذلك عند انفرادهم .

(٢) انظر ماذكره صاحب بدائع الصنائع عن حد اليسار ص ٣٥ من الجزء الرابع .

وينبغى أن يلاحظ أيضا ماتقدم من أنه إذا امتنع القريب من الإنفاق على قريبه بغير مبرر شرعى فإنه يحبس الفرع بامتناعه عن نفقة أصله ، والأصل بامتناعه عن نفقة فرعه . والزوج بامتناعه عن نفقة زوجته .

إذا علمت هذا فاعلم أن الفقير العاجز عن الكسب إما أن يكون له قريب محرم واحد موسر من حواشيه ، وإما أن يكون له منهم أقرباء محارم موسرون .

فإن كان له قريب محرم واحد موسر من حواشيه كان هو المتعين للإنفاق عليه .

وإن كان له أقرباء محارم موسرون من حواشيه ، فإما أن يكونوا جميعاً وارثين بالفعل ، وإما أن يكون بعضهم وارثا بالفعل وبعضهم محجوبا بمن هو أحق منه .

فإن كانوا جميعا وارثين بالفعل كانت نفقة قريبهم المحتاج عليهم جميعا ، كل على حسب نصيبه فى ميراثه منه على فرض موته ، وعلى هذا فمن كان له أخت شقيقة ، وعم كانت نفقته عليهما بالسوية ، لأن ميراث الأخت هو النصف فرضا ، وميراث العم هو النصف الباقى تعصيباً .

ومن له أخت شقيقة ، وأخ لأم ، وعم فنفقته عليهم بنسبة أنصبائهم ، على الأخت الشقيقة النصف لأن نصيبها فى الميراث هو النصف فرضا ، وعلى الأخ لأم السدس لأن نصيبه فى الميراث هو السدس فرضا ، وعلى العم الثلث لأن نصيبه فى الميراث هو الثلث الباقى تعصيبا .

وإن كان بعض الحواشى وارثا بالفعل ، وبعضهم محجوبا بمن هو أحق منه ، كانت نفقة قريبهم المحتاج على الوارثين دون المحجوبين ، وعلى هذا فمن كان له أخت لأم ، وأخ شقيق ، وأخ لأب ، كانت نفقته على أخته

لأمه وأخيه الشقيق ، على الأخت لأم السدس لأن نصيبها فى الميراث سدس التركة فرضا ، وعلى الأخ الشقيق خمسة أسداس ، لأن نصيبه فى الميراث هو الباقى بعد نصيب الأخت لأم تعصيبا ، ولا شىء على الأخ لأب لأنه محجوب بالأخ الشقيق .

ومن له عم شقيق أو لأب ، وخال فنفقته على عمه وحده ، لأنه يحوز كل التركة تعصيبا ، وليس على الخال شىء من النفقة لأنه لا يرث مع وجود العم .

هذا — ولا يفوتنا أن ننبه على أنه إذا كان للقريب المحتاج محارم وارثون بعضهم موسر وبعضهم معسر فإنه ينظر إلى هذا المحرم المعسر هل يحوز كل التركة إذا اجتمع مع الموسرين ، أو يأخذ نصيباً منها فقط ؟ .

فإن كان يحوز كل التركة فرض معدوما ، ثم ينظر إلى من يرث المحتاج من محارمه الموسرين بعد ذلك فيعتبرون هم الورثة وحدهم ، ثم بعد معرفة نصيب كل منهم فى الميراث تقسم نفقة المحتاج عليهم بقدر أنصبائهم ، فمثلا من كان له أخ معسر ، وعمة ، وخال موسران فنفقته تكون على عمته وخاله ، على العمة الثلثان ، وعلى الخال الثلث .

ومن كان له ابن معسر ، وأخت شقيقة ، وأخت لأب ، وأختان لأم ، والأخوات جميعا موسرات ، فنفقته تكون على أخواته بقدر أنصبائهن ، على الأخت الشقيقة نصفها ، وعلى الأخت لأب سدسها ، وعلى كل من الأختين لأم سدسها لأنهما فى حق الميراث شريكتان فى الثلث (١) .

---

(١) لافرق بين هذا المثال وسابقه إلا أن من فرض معدوما وكان يحوز كل التركة فى المثال الأول هو الأخ وهو من الحواشى، وفى المثال الثانى من فرض معدوما وكان يحوز كل التركة هو الابن وهو من الفروع ، والنفقة فى المثالين من نفقة الحواشى بعضهم على بعض ، لأن من فرض معدوما أيا كانت قرابته لم تكن عليه نفقة .

وإذا كان المعسر لايحوز التركة كلها ، وإنما يأخذ منها نصيباً تقسم النفقة أولا عليه وعلى باقى الورثة من المحارم الموسرين ليعلم نصيب المعسر ونصيب كل من الموسرين ، ثم يقسم نصيب المعسر على الموسرين بقدر أنصبائهم ، ثم يضم نصيب كل منهم فيما يخص المعسر إلى نصيبه فى القسمة الأولى فيكون مجموع ذلك هو مقدار مايجب عليه من النفقة ، وبطريقة أخرى تقسم التركة كلها على الموسرين بقدر أنصبائهم فى القسمة الأولى . فمثلا من كانت له أخت شقيقة معسرة ، وأخت لأب وأختان لأم موسرات فنفقته تكون على أخته لأبيه وأختيه لأمه ، على كل واحدة منهن الثلث ، لأن الأخت الشقيقة كان يجب عليها لولا عسرها النصف بقدر ميراثها ، وكان يجب على كل الأخوات الباقيات السدس ، فيقسم نصيب الشقيقة عليهن بقدر أنصبائهن فيخص كل واحدة منهن ثلث النصف وهو عبارة عن سدس التركة ، فإذا ضم السدس الثانى إلى السدس الأول كان مجموع ذلك هو نصيب كل واحدة من الموسرات فى نفقة المحتاج .

ومن كان له بنت معسرة ، وأخت شقيقة ، وأخ لأب فنفقته كلها تكون على أخته الشقيقه ، وذلك لأن البنت المعسرة كان يجب عليها لولا عسرها نصف النفقة ، لأن لها نصف الميراث فرضا ، والأخت الشقيقة يجب عليها أولا نصف النفقة لأن لها نصف الميراث تعصيبا ، ثم يضم إليها النصف الثانى الذى كان على البنت لأنها هى الوارثة معها ، أما الأخ الشقيق فلا شىء عليه لأنه غير وارث فى هذه المسألة ـ هذه التفريعات كلها على مذهب الحنفية .

أما الجعفرية فقد ذهب من قال منهم بوجوب نفقة ذوى الأرحام إلى أنه لو وجد شخص محتاج وليس له من ذوى أرحامه إلا قريب واحد موسر فإنه تجب عليه نفقته ولو لم يكن محرما .

وإن كان له قريبان كل منها وارث موسر كخال وعم فنفقته عليهما بالسوية . . . وهكذا على حسب قواعد الجعفرية فى الميراث .

الفصل الرابع

فى : ترتيب من تجب عليهم النفقة

قد يكون من تجب عليه نفقة قريبه المحتاج شخصاً واحداً ، وحينئذ يلزمه أداؤها .

وقد يتعدد من تجب عليهم النفقة مع اتحادهم فى جهة القرابة ودرجتها وقوتها كالأبناء ، أو الإخوة الأشقاء ، أو الأعمام لأب وأم ، وحينئذ تجب عليهم النفقة بالتساوى .

وقد يتعدد من تجب عليهم النفقة مع اختلافهم فى جهة القرابة أو فى درجتها أو فى قوتها ، وفى هذه الحالة نجد أقوال فقهاء الحنفية مضطربة فى ترتيب من تجب عليه النفقة منهم ، ونجد العلامة ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار ج ٢ ص ٦٩٧ - ٦٩٨ يخترع — كما يقول — ضابطا كليا يقوم على تقسيم عقلى ، أخذه من كلام الفقهاء تصريحا وتلويحا ، وجمع فيه فروعهم جمعاً صحيحاً ، بحيث لاتخرج عنه شاذة ، ولا يغادر منها فاذة . وقد حصر ذلك فى سبع حالات نذكرها بتصرف يسير لا يخل : وإليك هذه الحالات :

الحالة الأولى ـ أن يكون لمستحق النفقة فروع فقط :

والمعتبر فى ترتيب وجوب النفقـة عليهم هو الجزئية وقرب الدرجة ، ولا عبرة بالميراث ولا باتحاد الدين ، وعلى هذا ، فمن كان له ابن ، وبنت فنفقته عليهما بالسوية ، لاستوائهما فى الجزئية وقرب الدرجة وإن كان نصيب الإبن فى الميراث ضعف نصيب البنت ؛

ومن كان له ابن ابن ، وبنت بنت فنفقته عليهما بالسوية لاستوائهما فى الجزئية وقرب الدرجة وإن كان ابن الابن هو الوارث وحده .

ومن كان له ولدان أحدهما مسلم ، والآخر كتابى فنفقته عليهما بالسوية لاستوائهما فى الجزئية وقرب الدرجة وإن كان الوارث هو المسلم دون الكتابى .

ومن كان له بنت ، وابن ابن ، فنفقته على بنته فقط لقرب درجتها وإن كان كل منهما وارثاً .

الحالة الثانية — أن يكون لمستحق النفقة فروع وحواش :

والمعتبر فى ترتيب وجوب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة، ولا عبرة بالميراث ، وحيث أن الجزئية تتحقق فى الفروع ولا تتحقق فى الحواشى فإنه يسقط اعتبار الحواشى ويبقى اعتبار الفروع وحدهم فتكون النفقة عليهم على حسب قرب الدرجة كما هو الشأن فى الحالة الأولى .

الحالة الثالثة — أن يكون لمستحق النفقة فروع وأصول :

والمعتبر فى ترتيب وجوب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة، ولا عبرة بالميراث عند اختلاف الدرجة، فمن له أب وابن ابن فنفقته على أبيه وحده لأنه أقرب درجة .

وإن كان الفروع والأصول جميعاً فى درجة واحدة كانت النفقة على من يترجح وجوبها عليه بدليل شرعى ، فمن كان له أب وابن فنفقته على ابنه وحده لترجح وجوبها عليه بقوله عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لأبيك).

فإن تساووا فى الدرجة ولم يكن هناك دليل مرجح كانت النفقة عليهم جميعاً ، كل على حسب نصيبه فى الميراث ، فمن كان له جد لأب ، وابن ابن

فنفقته عليهما بحسب ميراثهما ، فيكون على الجد السدس ، وعلى ابن الابن الباقى وهو خمسة أسداس .

الحالة الرابعة ـ أن يكون لمستحق النفقة فروع وأصول وحواش :

والمعتبر فى ترتيب وجوب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة ، فيسقط اعتبار الحواشى لعدم تحقق الجزئية فيهم ، ويبقى الفروع والأصول لأن الجزئية فيهم متحققة ، وحينئذ تؤول هذه الحالة إلى الحالة الثالثة ، وقد عرفت حكمها :

الحالة الخامسة ـ أن يكون لمستحق النفقة أصول فقط :

والمعتبر فى ترتيب وجوب النفقة على هؤلاء أنه إن كان الأب فيهم كانت النفقة عليه وحده ، لما عرفته من أنه لايشارك الأب فى نفقة ولده أحد .

وإن لم يكن الأب فيهم ، فإما أن يكونوا كلهم وارثين ، وإما أن يكون بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث :

فإن كانوا كلهم وارثين كانت النفقة عليهم كل حسب نصيبه فى الميراث ، ولا يلتفت لقرب الدرجة ، فمن كان له أم وجد لأب فنفقته عليهما أثلاثا ، على الأم الثلث ، وعلى الجد لأب الثلثان .

وإن كان بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث كانت النفقة على أقربهم درجة ولو كان غير وارث ، فمن كان له أم وجد لأم فنفقته على أمه وحدها لقرب درجتها .

ومن كان له أبو أم وأبو أبى أب فنفقته على أبى الأم فقط لقرب درجته

وإن لم يكن وارثا (١) .

وإن كان بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث وكانوا جميعا فى درجة واحدة فالنفقة تكون على الوارث وحده ، فمن كان له جد لأم وجد لأب فنفقته على جده لأبيه فقط لأنه هو الوارث :

الحالة السادسة — أن يكون لمستحق النفقة أصول وحواش :

والمعتبر فى ترتيب وجوب النفقة على هؤلاء أنه إذا كان أحد الصنفين وارثا والآخر غير وارث اعتبر جانب الجزئية وحدها ولا يلتفت لجانب الميراث لعدم المشاركة فيه ، وعلى هذا تكون النفقة على الأصول وحدهم ولو لم يكونوا وارثين ، ولا شىء على الحواشى ولو كانوا وارثين ، وعلى هذا فمن كان له جد لأب . وأخ شقيق فنفقته على جده لأبيه لترجحه بالجزئية لا بكونه هو الوارث (٢) .

ومن كان له جد لأم وعم فنفقته على جده لأمه لترجحه بالجزئية وإن كان الوارث هو العم وحده .

وإذا كان كل من الأصول والحواشى وارثا فالمعتبر هو الإرث لاشتراكهما فيه ، وعليه فمن كان له أم وأخ شقيق أو لأب فنفقته على أمه وأخيه أثلاثا ، وعلى الأم الثلث ، لأن ذلك هو نصيبها فى الميراث ، وعلى الأخ الثلثان لأنه عصبة يحوز باقى التركة .

---

(١) فى هذه الصورة مناقشة قيمة للأستاذ الشيخ أبى زهرة ناقش فيها ابن عابدين فراجعها فى حاشية كتابه الأحوال الشخصية ص ٤٢٣ — ٤٢٤ .

(٢) هذا جار على ما ذهب إليه أبو حنيفة من أن الجد كالأب فى حجب الأخوة عن الميراث .

ثم إنه إذا تعددت الأصول فى هذا القسم بنوعيه ننظر إليهم ونعتبر فيهم ما اعتبر فى القسم الخامس ، فمن كان له جد لأب ، وجد لأم وأخ شقيق فنفقته على جده لأبيه فقط ، لأنه وإن اتحد مع الجد لأم فى الجزئية إلا أنه ترجح عليه بكونه وارثا ، أما الأخ الشقيق فساقط الاعتبار بالكلية لعدم مشاركة الجد لأب لا فى الجزئية ولا فى الميراث .

ومن كان له أم أم ، وأم أب ، وعم شقيق فنفقته عليهم أسداسا لاشتراكهم فى الميراث ، فيكون على الجدتين السدس تشتركان فيه ، وعلى العم الباقى وهو خمسة أسداس لكونه عصبة .

ومن له أم ، وجد لأم ، وعم فنفقته على أمه وعمه أثلاثا لاشتراكهما فى الميراث ، فيكون على الأم الثلث ، وعلى العم الثلثان ، ولاشىء على الجد لأم لأنه أبعد درجة من الأم ولا شركة له فى الميراث .

ومن كان له أم وأبو أب وعم فنفقته على أبى الأب فقط ، لأنه قام مقام الأب وحجب العم عن الميراث ، وما دام الأمر كذلك فلا يشاركه فى النفقة أحد كما لايشارك الأب فى نفقة ابنه أحد ، ولولا أن الجد فى هذه الصورة قائم مقام الأب لكانت النفقة على الأم وعليه أثلاثا على الأم الثلث وعلى الجد الثلثان بحسب ميراثهما .

الحالة السابعة — أن يكون لمستحق النفقة حواش فقط :

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء هو الإرث بعد كون القريب ذا رحم محرم ، وعليه فمن كان له أخ وعم فنفقته على أخيه ، لأنه هو الوارث ولا شىء على العم .

ومن كان له أخ شقيق ، وأخ لأم ، وعم فنفقته على أخويه بنسبة ميراثهما ،

فيكون على الأخ الشقيق خمسة أسداس النفقة ، وعلى الأخ لأم سدسها ، وليس على العم شيء لأنه غير وارث .

هذا حاصل ماذكره العلامة ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار ، وقد تتبعت — على قدر الإمكان — أقوال فقهاء الجعفرية وتفريعاتهم فى مسائل النفقة ، ثم ضبطتها فى سبع حالات على غرار مافعله ابن عابدين حتى يسهل على من يعالج موضوع النفقة أن يعرف ترتيب من تجب عليهم النفقة عند التعدد ، وإليك هذه الحالات السبع باختصار :

الحالة الأولى - إذا كان لمستحق النفقة فروع فقط :

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة ، فيقدم الأقرب فالأقرب ، وعند التساوى فى الدرجة تكون النفقة عليهم بالسوية ، ولاعبرة فى هذه الحالة بالميراث ولا باتحاد الدين .

الحالة الثانية — إذا كان لمستحق النفقة فروع وحواش :

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة ، وعلى هذا تكون النفقة على الفروع وحدهم لتحقق الجزئية ولا نفقة على الحواشى لعدم تحققها .

الحالة الثالثة — إذا كان لمستحق النفقة فروع وأصول :

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة ، ولا عبرة بالميراث ولا باتحاد الدين ، وعلى هـذا فيقدم الأقرب فالأقرب ، وعند التساوى فى درجة القرابة تكون النفقة عليهم بالسوية ، فلو كان للفقير أب وابن فنفقته عليهما بالسوية ، خلافا لما تقدم من مذهب الحنفية ، ولو كان

له ابن وجد فنفقته على ابنه فقط ، ولو كان له جد وابن ابن فنفقته عليهما بالسوية .

الحالة الرابعة — إذا كان لمستحق النفقة فروع وأصول وحواش :

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة ، وعلى هذا تكون النفقة على الفروع والأصول وحدهم كما فى الحالة الثالثة .

الحالة الخامسة — إذا كان لمستحق النفقة أصول فقط :

وهنا لاعبرة بالميراث ولاباتحاد الدين وإنما المعتبر هو الجزئية وقرب الدرجة الأبوة أولا فيقدم الأب ، ثم الجد أبو الأب ، ثم أبوه .. وهكذا وإن علا ، وإن عدمت الآباء أو كانوا فى حكم العدم لعسرهم فالعبرة بقرب درجة الأمومة لأب أو لأم ، وعليه تكون النفقة على الأم أولا ، ثم على أبيها وأمها وإن علوا الأقرب فالأقرب ولو كان الأقرب أنثى والأبعد ذكرا ، ومع تساويهم فى القرب تكون النفقة بينهم بالسوية ولو اختلفوا فى الذكورة والأنوثة ، ومن كان له أم أم ، وأم أب فنفقته عليهما بالسوية ، وكذا الحكم لو كان له أبو أم ، وأم أب لاستوائهما فى الدرجة (١) .

الحالة السادسة — إذا كان لمستحق النفقة أصول وحواش :

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة ، وعلى هذا فالنفقة تكون على الأصول وحدهم لتحقق الجزئية فيهم ، ولا نفقة على الحواشى لعدم الجزئية فيؤول الأمر إلى الحالة الخامسة .

الحالة السابعة — إذا كان لمستحق النفقة حواش فقط :

---

(١) الأحكام الجعفرية ص ١٠٣ مادة ٢٩٩ ، ومسائل الخلاف ج ٢ ص ١٣٠ .

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء - عند من يقول بوجوب النفقة على الحواشى - هو الميراث دون التفات إلى كون القرابة محرمية أو غير محرمية ، فمن له أخوان موسران أحدهما مسلم ، والآخر كتابى فنفقته على المسلم وحده ، ومن له وارثان كخال وعم موسران فنفقته عليهما بالسوية .

وبعد فهذا تمام ما وفقنى الله إليه ، وأعاننى عليه ، فله الحمد فى الأولى والآخرة ، وله الحكم ، وإليه ترجعون ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

محمد حسين الذهبى

الفهرس

الموضوع	رقم الصحيفة
تكون النفقة دينا على الزوج ؟ ـ الإبراء من دين النفقة ـ المقاصة بدين النفقة ـ تعجيل النفقة ـ نفقة المعتدة .	
الحق الثالث من حقوق الزوجة عدم الإضرار بها	٢٢٦
الحق الرابع من حقوق الزوجة العدل عند تعدد الزوجات	٢٢٧
الفصل الثانى فى حقوق الزوج على زوجته	٢٣١
الفصل الثالث فى الحقوق المشتركة بين الزوجين :	٢٣٤

« القسم الثانى ـ فى فرق الزواج وآثارها »

الموضوع	رقم الصحيفة

الموضوع	رقم الصحيفة

مطبعة دار التأليف ٨ شارع يعقوب بالمالية بمصر
تليفون ٢١٨٢٥

رقم الإيداع ٢٤٤٣ / ١٩٦٩